فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين

الفتاوى التاتارخانية

التأليف

للشيخ الإمام فريد الدين عالم بن العلاء

الإندربتي الدهلوي الهندي المتوفى سنة ٧٨٦هـ

قام بترتيبه وجمعه وترقيمه وتعليقه

بنحو عشرة آلاف من الأحاديث والآثار

شبير أحمد القاسمي

المفتي المحدث بالجامعة القاسمية الشهيرة

بمدرسة شاهي مراد آباد، الهند

المجلد الخامس

بقية من الطلاق،

النفقات، العتاق

٧٠٧١ - ٨٧١٩

مركز النشر والتوزيع

مكتبة زكريا بديوبند، الهند

الفتاوى التاتارخانية

الفتاوى التاتارخانية للإمام عالم بن العلاء

ترتيب وترقيم وتعليق الأحاديث شبير أحمد القاسمي

٥

المجلد الخامس بقية من الطلاق، النفقات، العتاق ٧٠٧١ - ٨٧١٩

مكتبة زكريا ديوبند

فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين

الفتاوى التاتارخانية

التأليف

للشيخ الإمام فريد الدين عالم بن العلاء
الإندربتي الدهلوي الهندي المتوفى سنة ٧٨٦هـ

قام بترتيبه وجمعه وترقيمه وتعليقه
بنحو عشرة الاف من الاحاديث والآثار

شبير احمد القاسمي

المفتي المحدث بالجامعة القاسمية الشهيرة
بمدرسة شاهي مراد اباد، الهند

المجلد الخامس

بقية من الطلاق،
النفقات، العتاق
٧٠٧١ - ٨٧١٩

مركز النشر والتوزيع
مكتبة زكريا بديوبند، الهند

الفتاوى التاتارخانية

أوّل طبعة، كاملة في العالم
سنة ١٤٣١هـ سنة ٢٠١٠م

شبّير احمد القاسمي

mftshabbirahmed@gmail.com
www.shabbir-ahmed.blogspot.com

وأوّلُ تَحوِيلَةٍ كامِلَةٍ إلَى الإنترنت
سَنَةَ ١٤٣٥هِجرِيّة سَنَةَ ٢٠١٤ م

قام بتحويله وتحميله إلى الإنترنت
المفتى محمد أرباب الشمسى القاسمى

رقم الجوال: ‎+91 9897682000
arbab@jamia-ahsanul-banat.org
www.jamia-ahsanul-banat.org
www.tohfa-e-khawateen.com

قام بالتعاون:
المفتى نسيم احمد سلطان القاسمى
المفتى سيف الله العرشى القاسمى
و جميع الطلبة الملتحقين بقسم الإفتاء

بسم الله الرّحمن الرّحيم

المجلّدات العشرون كلّها فی نظر واحد

رقم المسألة

المجلد الاوّل	١	١٤٨٧	المقدمة، الطهارة.
المجلد الثاني	١٤٨٨	٣٥٨٤	الصلاة.
المجلد الثالث	٣٥٨٥	٥٣٦٠	الجنائز، السجدات، الزكاة، العشر، الخراج، الصوم، الحج.
المجلد الرابع	٥٣٦١	٧٠٧٠	النكاح، الطلاق.
المجلد الخامس	٧٠٧١	٨٧١٩	بقية من الطلاق، النفقات، العتاق.
المجلد السادس	٨٧٢٠	٩٨٤٢	الأيمان، الحدود، السرقة.
المجلد السابع	٩٨٤٣	١١٠٥٨	السير، الخراج والجزية، أحكام المرتدين، اللقيط، اللقطة، الإباق، المفقود، الشركة.
المجلد الثامن	١١٠٥٩	١٢٥٦١	الوقف، البيوع.
المجلد التاسع	١٢٥٦٢	١٣٨٧٤	بقية من البيوع.

بسم اللّٰه الرحمٰن الرحيم

الفصل السادس عشر فى الخلع

٧٠٧١ :- فى الملخص و الإيضاح : الخلع عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول يثبت الفرقة ويستحق عليها العوض ـ **وفى السغناقى** ـ هو عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع ـ

وفى الهداية : وإذا تشاق الزوجان و خافا أن لايقيما حدود الله تعالى، فلا باس بأن تفتدى نفسها منه بمال يخلعها ، **وفى الزاد :** وإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال ـ

٨٠٧٢ :- وفى شرح الطحاوى : ثم الاختلاف إذا وقع بين الزو جين فالسنة فيه أن يجتمع أهل الرجل وأهل المراة ليصلحا بينهما ، فإن لم يجتمعا على الصلح فليس إلى الحكمين التفريق بينهما، فإن طلقها جاز ، وإن خلعها أيضا جاز ـ

٧٠٧١:- قال اللّٰه تعالىٰ فى التنزيل العزيز : ولا يحل لكم أن تأخذ واممّا اٰتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لايقيما حدود اللّٰه ، فإن خفتم أن لايقيما حدود اللّٰه ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، سورة البقرة ، رقم الآية : ٢٢٩ ، أخرج البخارى تعليقا: "وقال طاؤس " إلا أن يخافا ألايقيما حدود اللّٰه فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه فى العشرة والصحبة ، وأخرج أيضا عن ابن عباس قال : جاء ت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبى صلى اللّٰه عليه وسلم فقالت : يا رسول اللّٰه ما انقم على ثابت فى دين ولاخلق إلا إنى اخاف الكفر فقال رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وسلم: فتر دين عليه حديقته فقالت : نعم فردت عليه وأمره ففارقها ، صحيح البخارى ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، رقم الباب ٢،١٢/٧٩٤ ، ٧٩٥ برقم : ٧٦ ٠ ٥ ف : ٥٢٧٦ – مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب الطلاق ، ماقالوافى الرجل متى يطيب له أن يخلع امرأته ٣٥/١٠ برقم :١٨٧٣٨ .

٧٠٧٢ :- فى التنزيل : وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق اللّٰه بينهما ، إن اللّٰه كان عليما خبيرا ، سورة النساء ، رقم الآية : ٣٥ .

أخرج البيهقى عن عبيدة أنه قال فى هذه الآية : وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، قال : جاء رجل وامرأة إلى علىّ رضى اللّٰه عنه ، و مع كل واحد منهما فئام من الناس ، فأمرهم على رضى اللّٰه عنه، فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ←

م : هذا الفصل على أنواع : منها بيان صفته و كيفيته

٧٠٧٣ :- قال علماؤنا : الخلع طلاق بائن ينتقص به عدد الطلاق، و قال الشافعي : فسخ لا ينتقص عدد الطلاق به ،

و تكلم أصحابنا فيما إذا قضى قاض بكونه فسخا هل ينفذ قضاؤه ؟ منهم من قال : ينفذ قضاؤه ، ومنهم من قال : لاينفذ ، **وفي الخلاصة الخانية :** و تظهر ثمرة الاختلاف فيما إذا طلقها في عدة الخلع تطليقة رجعية ، عند نا تقع، و عند الشافعي لاتقع ، وكذا لو تزو جها مرارا ، وخلعها في كل عقد ، عند نا لايحل له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر، وعنده يحل ، واجمعوا على أنه لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ، وقال بعض الناس : الخلع تطليقة رجعية ، **م :** وإنه من جملة الكنايات حتى لايقع الطلاق بدون النية ، وتصح نية الثلاث ، **وفي التجريد :** ومطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض ، حتى لو قال لغيره "اختلع امرأتي" فخلعها بغير عوض لم يصح .

ثم قال للحكمين : تدريان ماعليكما ، عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ، قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي . وقال الرجل : أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه : كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به . السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب القسم والنشوز ، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين ، ١٥٩/١١ برقم : ١٥١٤٩ .

قول المصنف : فإن لم يجتمعا على الصلح الخ أخرج البيهقي عن الحسن في هذه الآية .

فابعثو احكما من اهله وحكما من أهلها ، قال : إنما عليهما أن يصلحا وأن ينظرافي ذلك ، وليس الفرقة في أيديهما ، السنن الكبرى للبيهقي ،كتاب القسم والنشوز ـ باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين ، ١٦٢/١١ برقم : ١٥١٦١ – مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الحكمين ٥١١/٦ برقم : ١١٨٨١ .

٧٠٧٣:- أخرج الدار قطني عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة ، سنن الدار قطني ، كتاب الطلاق ، ٣١/٤ برقم : ٣٩٨٠، السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب الخلع والطلاق، باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق ١٨٥/١١ برقم : ١٥٢٣٦ – سنن سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ، ٣٣٩/١ برقم : ١٤٥١ – مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل متى يطيب له أن يخلع امرأته ٣٨/١٠ برقم : ١٨٧٤٩، مصنف عبدالرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الفداء ٤٨١/٦ برقم : ١١٧٥٣ .

٧٠٧٤:- وفى الخزانة : ألفاظ الخلع خمسة : خالعتك على ألف درهم ، خالعتك، بايعتك على ألف درهم ، طلقى نفسك على ألف درهم ، فارقتك على ألف درهم .

٧٠٧٥:- وفى الخانية : قد يكون الخلع بلفظ الخلع ، وقد يكون الخلع بلفظ البيع والشراء ، وقد يكون بالفارسية ، **وفى الخلاصة الخانية :** وإن كان الخلع بلفظ البيع والشراء ، اختلف المشايخ فيه ، على قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه : طاب الفضل أيضا، ولو أخذ الزيادة جاز فى القضاء ، وكذلك امرأة اختلعت من زوجها على أكثر من مهر ها الذى تزوجها عليه ، فإن كان النشوز من جهتها طاب الفضل

← **قول المصنف :** وتظهر ثمرة الخلاف الخ أخرج ابن أبى شيبة عن يحيى بن أبى كثير قال : كان عمران بن حصين وابن مسعود يقولان فى التى تفتدى من زوجها : لها طلاق ماكانت فى عدتها ، مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب الطلاق ، ماقالو افى الرجل يخلع امرأته ثم يطلقها الخ ٤٧/١٠ برقم : ١٨٧٩٢، ١٨٧٩٣ .

٧٠٧٥:- أخرج البيهقى عن عبد اللّٰه بن شهاب الخولانى أن امرأة طلقها زوجها على ألف درهم ، فرفع ذلك إلى عمربن الخطاب رضى اللّٰه عنه ، فقال : باعك زوجك طلاقا بيعا، وأجازه عمر ، السنن الكبرى للبيهقى ، كتاب الخلع والطلاق ، ١٨١/١١ برقم : ١٥٢٢٣.

وأخرج عبد الرزاق عن الزهرى قال : إذا اشترى الرجل من امرأته طلاقا فهو خلع . مصنف عبد الرزاق ،كتاب الطلاق ، باب الفداء ٤٨٢/٦ برقم : ١١٧٥٦- سنن سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء فى الخلع ٣٣٤/١ برقم : ١٤٢٣ .

قول المصنف : وكذلك امرأة اختلعت الخ :- أخرج البيهقى عن أبى سعيد قال : أرادت اختى تختلع من زوجها ، فأتت النبى صلى اللّٰه عليه وسلم مع زوجها فذكرت له ذلك ، فقال لها رسول اللّٰه صلى عليه وسلم : تردين عليه حديقته و يطلقك قالت : نعم ، وأزيده ، فقال لها الثانية : تردين عليه حديقته ويطلقك قالت : نعم ، وأز يده ، فقال لها الثالثة : قالت : نعم ، وأزيده فخلعها، فردت عليه حديقته وزادته ، السنن الكبرى للبيهقى ، كتاب الطلاق، باب الوجه الذى تحل به الفدية ، ١٨١/١١ برقم : ١٥٢٢٠- مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب الطلاق ، من رخص أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها ٥٦/١٠ برقم : ١٨٨٤٥ .

قول المصنف : والصحيح أن النشوز الخ أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم قال : إذ جاء الأمر من قبلها حل له ماأخذ منها ، فإن جاء من قبله لم يحل له ما أخذ منها، مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب مايحل من الفداء ٤٩٨/٦ برقم : ١١٨٢٥ .

للزوج ، وإن كان النشوز من قبله كره له ذلك ، وجاز فى القضاء ، خص الفضل للزوج بالكراهة ، والصحيح أن النشوز إذا كان من قبله فالكل مكروه ، وإن كان كان النشوز من قبلها طاب له قدر المهر باتفاق الروايات ، وهل يكره الفضل؟ فى رواية هذا الكتاب : لايكره ، وفى رواية الأصل : يكره.

٧٠٧٦ :- م : وإذا قال الزوج : لم أنو به الطلاق ! فإن لم يذ كر بدلا صدق ديانة وقضاء ،**وفى الخانية :** كان القول قوله إذا لم يكن ذلك فى حال مذاكرة الطلاق ، **وفى الكافى :** ولو كان بغير مال ففى البيع والطلاق لايصدق لكونهما صريحين ، ويصدق فى لفظ الخلع والمبارأة لانهما كنايتان ، **م :** وإن ذكر بدلا بأن قال مثلا " خالعتك على ألف درهم " ثم قال : لم أعن به الطلاق ! لايصدق ،**وفى الظهيرية :** قضاء .

٧٠٧٧:- م : ويعتبر من جانب الزوج يمينا و تعليقا للطلاق بقبولها حتى لو قال لها " خالعتك على كذا " ثم رجع عنه قبل قبول المرأة لايصح رجوعه ، وكذا لايبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المرأة ، **وفى شرح الطحاوى :** حتى أن الزوج لو قام وذهب ثم قبلت المرأة فى ذلك المجلس وقع الطلاق، **م :** وكذلك لايتو قف على حضورها بل يجوز إذا كانت غائبة فاذا بلغها فلها خيار القبول فى مجلسها .

٧٠٧٨ :- ويصح التعليق بالشروط والاضافة إلى الأوقات نحو أن يقول " إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم " أو " إذا قدم فلان فقد خالعتك " كان القبول إليها بعد مجى الوقت وقدوم فلان .

٧٠٧٩ :- ومن جاب المرأة يعتبر الإيجاب والقبول كما فى البيع، **وفى الخانية :**

٧٠٧٦ :- أخرج البيهقى عن أم بكرة الأسلميه أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن اسيد ، ثم أتيا عثمان رضى الله عنه فى ذلك ، فقال : هى تطليقة ، إلا أن تكون سميت شيئا فهوما سميت ، السنن الكبرى للبيهقى ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق ، ١٨٤/١١ برقم : ١٥٢٣٥ – مصنف ابن أبى شيبة ،كتاب الطلاق ، ما قالوا فى الرجل إذا خلع امرأته الخ ٣٦/١٠ برقم : ١٨٧٤٤ – سنن سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء فى الخلع ، ٣٣٨/١ برقم : ١٤٤٧ .

وتـراعى أحكام المفاوضات فى جانب المرأة ، **م :** حتى أنه إن كانت البداية من جـانب الزوج فقامت عن المجلس قبل القبول ، **وفى الينابيع :** أو أخذت فى عمل آخر يدل على الإعراض ، **م :** بطل الإيجاب ، وإن كانت البداية من جانب المرأة بـأن قـالـت له "اخلعنى على كذا " صح رجوعها قبل قبوله ، **وفى الخانية :** علم الزوج برجوعها أو لم يعلم ، **م :** ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه ،**وفى السغناقى :** ووقـع الطلاق عليها والمال دين عليها تؤ خذ به، **م :** ولا يتوقف حال غيبة الزوج ، **وفى الخانية :** ولا يـصـح كلام المرأة عند غيبة الزوج إذا لم يقبل أحد ، **وفى شرح الطحاوى :** حتى لو بلغ الزوج فأجاز لايجوز .

٧٠٨٠:- م : ولا يـجـوز التـعليق منها بشرط ولا إضافة إلى وقت ، فيبنى على هـذا مـا قـال أبـو حـنيـفة رحمه اللّٰه : إذا خالعها و شرطت المرأة لنفسها خيارا جاز ، وقالا : لايجوز ، **م : وفى السغناقى :** فـإن اختـارت فى ذلك المجلس فلها ما اختارت ، وإن لـم تـقبـل شيئا حتى قامت فالطلاق واقع والخلع ثابت ، قال الفقيه أبو الليث : وبه نـأخذ، وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق ، فيصح الخيار من العبد إذا خيره المولى فى العتاق على مال ، **م :** ولو شرط الزوج الخيار لنفسه لايجوز اجماعا .

٧٠٨١:- وإذا قال لامرأته ، كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بكذا، ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج ، **وفى الخانية :** فى مجلس علمها ، **م :** فإن قـالـت بـعـد التـزوج ، قبـلت ، أو قالت : اشتريت طلاقها ، أو قالت : طلقتها ، يقع الـطـلاق عـليهـا ، وإن قالت قبل التزوج ، قبلت ، فهذا ليس بشيء ، **وفـى الخانية :** رجـل قـال لامـرأتـه " إذا دخـلـت الدار فقد خلعتك على ألف " فدخلت الدار يقع الطلاق بألف ، يريد به : إذا قبلت عند الدخول ، **وفى الكافى :** لو قال " إذا جاء غد فـطـلـقـى نـفسك "فرجع قبل مجئ الغد لايصح ، وإن قالت لزوجها " إذا جاء غد فطلقنى بألف " فرجعت قبل مجئ الغد صح، ولو طلقها بألف يتوقف على قبولها ، ولـو قـال " طـلقت" يقع ابتداء بلا مال، ولو لم يرجع لزوج أن يطلقها فى المجلس وغيره ، ولو أرسلت بذلك رسولاً ثم رجعت قبل تبليغ الرسول بطل الإيجاب .

٧٠٨٢:- وفى النوازل : سـئـل أبـو نـصر عن رجل قال لامرأته ، بعت منك

طلاقك بمهرك الذى لك عليَّ، فقالت " طلقت نفسى " ؟ قال : يقع الطلاق بمهرها فيصير بـمنزلة قولها "اشتريت " ، **وفى الغياثية :** هـو المختار للفتوى ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولا تشتـرط الـنية هـاهـنـا عـند الكل ، **وفـى الـخانية :** وقيـل تـقـع واحدة رجعية ، **وفى الحجة :** والمختار هو الأول ، ولو قال لها " بعت منك مهرك بتطليقة " فقالت " اشتريت " يقع بائنًا ، **وفى الخلاصة الخانية :** ولو قال لها "اخلعى نفسك " فقالت " خـلـعـت نـفسـى " فـقــال الـزوج " أجـزت " جــاز ذلك وهـو خلع بغير مـال ، **وفى الكبرى:** الـواحـد يتـولـى الخلع من الجانبين إن كان خلعا، وهو معاوضة إذا كان البدل مذكورا معلوما، فى رواية : هو المختار .

م : نوع آخر

٧٠٨٣:- ذكر **فـى فتاوى أهل سمر قند :** صـورـة الخلع بالفارسية فقال : أن تقول المراة لزوجها : خويشتن ازتو بهر كابينى كه مراست وبهر هزينهٔ عدت كه واجب شود مرابر تو سپس طلاق رختم بيك طلاق ! فيقول الزوج : اهيچندم ترا از خويشتن باين شرطها ، **وفى نصاب الفقه :** رجـل طلق امرأته تطليقا رجعيا بـعـد الدخول ثم أراد الخلع فقال للمرأة : تو خويشتن را ازين مرد بكابين وهزينهٔ عـدت بيك طـلاق اهيـچندى ؟ فقالت : اهيچندم ! ثم قيل للزوج : تويك طلاق دادى ؟ فـقال الزوج : دادم ! يقع بائنا، وهو المختار للفتوى، **وفى الخانية :** وقال بعضهم : تقع تطليقة رجعية .

٧٠٨٤ :- م : وإذا أمـر الـرجـل امـرأتـه بالخلع فهو على أربعة أوجه : إما أن يـقول " اخلعى نفسك بكذا من المال " سمى مالا مقدارا معلوما مثل ألف درهم ، أو يـقـول " اخـلـعى نفسك بمال " ولم يسمه ولم يقدره ، أويقول " اخلعى نفسك بـغيـر شـئ " ، أويـقول ، "اخلعى نفسك " ولم يزد على هذا ، فأما إذا قال " اخلعى نـفسك بـألف درهـم " أو : عـلـى ألف درهـم ، فخلعت نفسها على ذلك ولم يقل الـزوج بعد ذلك " خلعت " هل يتم الخلع ؟ فيه روايتان عن أصحابنا ، والمختار أنه يتم بناء على أن الواحد يتولى طرفى الخلع إذا كان البدل مقدارا معلوما ، فى رواية:

وهـو الـمـختـار ، وتـصير المراة وكيلة من جانب الزوج ، وأما إذا قال لها " اخلعى نـفسك بـمال " ولم يقدر المال ، **وفـى الذخيرة :** أو قـال " اخـلعى بما شئت "، **م :** فـقالت " خلعت نفسى على كذا "، ففى ظاهر راوية أصحابنا لايتم الخلع مالم يقل الـزوج بـعد ذلك " خلعت " ، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يتم الخلع ، وإن لـم يـقـل الـزوج بـعد ذلك " خلعت " ، وكثير من مشايخنا أخذوا برواية ابن سماعة ، وأما إذا قال لها " اخلعى نفسك بغير شي " ، فقالت " خلعت " يتم الخلع ، وأما إذا قـال " اخـلـعـى نفسك " ولم يزد على هذا ، ذكر شيخ الإسلام أنه يتم الخلع بقول المرأة " اختلعت"، وحكى عن الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن الفضل البخارى أنه كـان يـقول : وروى عن محمد أن هذا بمنزلة قوله 'اخلعى نفسك بمال ، وروى عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه أن هذا بمنزلة قوله " اخلعى نفسك بغير شى " ،. **وفى الخانية :** وذكرفى المنتقى عن أبى يوسف أنه لايكون خلعا .

٧٠٨٥:- وكـذا لـو قال لغيره " اخلع امرأتى " ليس له أن يخلعها إلا بمال ، وروى ابـن سماعة عن محمد إذا قال لها " اخلعى نفسك " فقالت " خلعت نفسى " يقع طلاق بائن بغير بدل كأنه قال لها " أبينى نفسك " وبه أخذ أكثر المشايخ .

٧٠٨٦:- وفـى الـفتاوى الخلاصة : ولـئـن اختـلـعت من زوجها على نفقة عـدتهـا و مهـر هـا وعـلى الزوج عشرون درهما ، نقل عن الشيخ الأستاذ أنه يصح ويـجـب على الزوج عشرون درهما ، قال رضى اللّٰه عنه : مايوافق هذا فى الأصل : امرأة اختـلـعت على دين على أن يردالزوج عليها ألف درهم لانفقة فيها ، قال الشيخ : وهـذا يـدل على أن إيجاب بدل الخلع على الزوج صحيح ، **وفى صلح القدورى :** لـو ادعـت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لم يجز ، وهذا يدل على أن إيـجـاب بـدل الـخـلـع على الزوج لايصح ، فوجه التوفيق بين الروايتين أنها إذا صـالـحـت عـلـى عوض يجوز إيجاب بدل الخلع على الزوج ويكون مقابلا ببدل الـخـلـع ، وكـذا إن خـالـع ولـم يذ كر نفقة العدة ولـم يذ كر عوضا آخر ، ينبغى أن يجب بدل الخلع على الزوج .

٧٠٨٧:- وفى الملتقط : وحـكى اتفاق المشايخ فى زماننا أن الخلع يصح

من غير إضافة إلى أحد الزوجين، حتى لو قالت بالفارسية : خويشتن خريدم ! فقال الزوج :فروختم ! يصح وإن لم يقل : فروختمت ، **وفى الولوالجية :** وإذا قال لها بعد البينونة " قد خلعتك" ينوى الطلاق لم يقع شيء ، وإن خلعها على جعل بعد الطلاق الرجعى فى العدة لزمها الجعل ؛ لأن الملك باق .

۷۰۸۸:- م : وإذا سألت المرأة من زوجها أن يخلعها ، فهو على أربعة أوجه أيضا : أما إن قالت له " اخلعنى على كذا " سمت ألف درهم مثلا ،وفى هذا الوجه إذا خلعها على ذلك ، فالخلع يتم بقبول الزوج ولا يحتاج إلى قول المرأة " اختلعت" أو "قبلت" ، فى رواية : وهو المختار ، **وفى الذخيرة :**ويصير الزوج وكيلا عن المرأة بالاختلاع ، وعلى هذا إذا وكل الرجل رجلا أن يخلع امرأته على ألف درهم ووكلت المرأة ذلك الرجل أن يخلعها من زوجها على ألف درهم فقال الوكيل "اختلعت فلانة من زوجها فلان بألف درهم" يتم الخلع بقوله ، فى رواية : وهو المختار .

۷۰۸۹:- وأما إن قالت " اخلعنى على مال " ولم تسمه ولم تقدره فقال الزوج " خلعتها على كذا "، وفى هذا الوجه لايتم الخلع بقول الزوج " خلعت " مالم تقل المرأة " قبلت " أو " اختلعت" فى ظاهر رواية أصحابنا ، وعلى رواية ابن سماعة يتم ، ومعنى قولنا " لايتم الخلع " على ظاهر الرواية أنه لايجب عليها بدل الخلع، وهل يقع الطلاق ؟ اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يقع ، وبه كان يفتى ظهير الدين المرغينانى ، وبعضهم قالو ا: لايقع ، وهو الأظهر والأشبه .

۷۰۹۰:- وأما إن قالت " اخلعنى بغير مال "، وفى هذا الوجه إذا قال الزوج " خلعت" يقع الطلاق ، وأما إن قالت " اخلعنى " ولم تزد على هذا ، ففى هذا الوجه ذكر شيخ السلام رحمه الله : يقع الطلاق بقول الزوج " خلعت " ، وعلى قياس ما حكى عن الشيخ محمد بن الفضل ، فيما أمر الزوج المرأة بالخلع يجب أن يكون فى المسألة روايتان .

۷۰۹۱:- وفى السراجية : طلقها بعد الخلع على مال ، طلقت ولم يجب المال ، ولو قال لامرأتيه " إحدا كما طالق بكرّ حنطة ، والأخرى بكر شعير " فقبلتا طلقتا بغير شيء طلقتا بغير شئ .

وفيها: إذا ثبت الخلع باقرار الزوج وادعى الاستثناء موصولاً يقبل قوله ،**م :** ولو شهد اثنان أنه خالعها بدون الاستثناء يقبل ؛ لأنه شهادة على السكوت دون النفى ، وإذا خالعها بشرط أن يكون الولد الصغير عند الأب ، صح الخلع دون الشرط ، ولو خلعت على أن تمسك الولد مدة معلومة يلزمها الوفاء بذلك ، ولو قالت "اشتريت نفسى منك أمس بكذا ولم تخلعنى" فقال " لابل خلعتك" فالقول له .

٧٠٩٢:- م : وإذا قال لها : خويشتن از من بخر ! فقالت : خريدم ! ولم يقل الزوج: فروختم لاتطلق ، وهذا بخلاف مالو قال لها " اخلعى نفسك منى " فقالت: " اختلعت" ولم يقل الزوج " قبلت" ، .

٧٠٩٣:- وكذلك لو قال لها بالعربية " اشترى نفسك منى " فقالت "اشتريت" ولم يقل الزوج " بعت" لا يقع الطلاق ، **وفي الواقعات :** هوالمختار ، بخلاف قوله " اخلعى " هكذا ذكر الصدر الشهيد ، وحكى عن الشيخ الإمام محمد بن فضل بخلاف ما ذكره الصدر الشهيد فى قوله " اشترى نفسك منى" على ما يأتى بيانه بعد هذا ، إن شاء اللّٰه تعالى، ولو قال : خويشتن بخر بكذا ! ذكر بدلا مقدرا، **وفى الفتاوى الخلاصة :** بأن قال : خويشتن بخر بكابين ونفقۀ عدت ! أو بمال آخر معلوم أو قال بالعربية " اشترى نفسك بكذا" فقالت : خريدم ! أو قالت : " اشتريت " ولم يقل الزوج " بعت" أو : فروختم ! يتم الخلع فى رواية وهو المختار على مابينا .

٧٠٩٤:- ولو قال الزوج : بزنى فروختم ! بعد قول المرأة : خريدم ! يتم الخلع على الرواية المختارة ، و عن هذا قيل : إذا قال لها: خويشتن بخر از من بكابين و نفقۀ عدت ! فقالت : خريدم ! فقال الزوج : من يكى طلاق دادم ! يقع عليها طلاقان : أحد هما بالخلع، والثانى بالتطليق .

٧٠٩٥:- وفى فتاوى آهو : سئل القاضى بديع الدين : قالت : خويشتن راخريدم بعدت وكابين وباين چندين رخت معين ! فقال : بدين رختها فروختم ؟ قال : لايكون خلعا، ولو قالت : خويشتن راخريدم بعدت وكابين ! فقال : تراسه طلاق؟ قال : لو كان مرادها الثلاث يكون جواب الخلع ، فإن لم تكن له نية فعلى قول أبى حنيفة تقع الثلاث ابتداء وعليه المهر ، وعند هما تقع ولا مهر عليه ، وسئل

الـقاضى برهان الدين : قالت : خويشتن بعدت و كابين و باين پنج پاره رخت معين خريدم ! فقال : فروختم ! ولم تسلم رختها فى ذلك المجلس ؟ قال : صح الخلع .

٧٠٩٦:- وسئـل الـقـاضـى بـديـع الـدين : قالت : خويشتن خريدم بعدت و كـابيـن وبـصد دينار معين برآنكه مرايك سال زمانى دهى ! فقال : فروختم ويك سـال زمـان دادم ؟ قـال : يـصـح التـأجيـل ، وسئل أيضا : قالت : خويشتن خريدم بـعـدت و كـابيـن و باين جامه كه هفده ذراع است ! فقال : فروختم ! فوجد ثلاثة عشر ذراعا هل يرجع بالنقصان ؟ قال : لا .

٧٠٩٧:- وفى الخلاصة : الـخـلـع يصح مع جهالة الأجل والمال والخطر ، أمـا جهـالة الأجـل بـأن خـالـع إلى الحصاد والدياس ، وأما جهالة المال بأن قالت "خالعنى على مافى يدى من مالى ، أو : مافى يدى من متاع "ـ وأما الخطر بأن قال " خالعنى على مافى يدى " ولم يقل " من مالى "، **وفى التهذيب :** ولو قالت " على أن تلد غنمى العام " ونحوه سقط المهر سواء تلد الغنم أم لا.

٧٠٩٨:- وفـى الذخيرة : فـإن قـال لهـا " اشتـرى نفسك منى بمال " ، ولم يبيـن مقداره ولم يسمه ، أو قال لها : خويشتن از من بخر بمال ! فقالت : اشتريت ، أو : خـريـدم ! لايتم الخلع بقولها فى ظاهر الراوية ، **م :** وأمـا إذا قال لها : خويشتن بـخر بچيزى از من ، أو قال : بجامه ! ذكر بدلا مجهولا فقالت : خريدم على كذا ! لايتـم الـخـلـع مـالـم يقل الزوج : فروختم ! ولا يقع الطلاق أيضا ، وهذا يجب أن يكون على ظاهر الراية ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** وبه يفتى .

٧٠٩٩:- وأمـا إذا قـال لهـا : خـويشتـن بـخـر بغير شئ ! أو قال : اشترى نـفسك مـنـى بـغيـر شئ ! لم يذكر الصدر الشهيد هذا الفصل فى واقعاته و رأيته مـكتـوبا بخط شيخ الإسلام شمس الأئمة الحلوانى عقيب ذكر مسألة أمرالزوج الـمـرأة بالخلع عن الشيخ الإمام محمد بن الفضل : وكذلك لو تلفظا بلفظ البيع والشـراء فى الفصول كلها فهو على ما وصفنا، فهذا إشارة إلى أن فى هذا الفصل يـقـع الـطـلاق بقولها : خريدم ! كما فى قوله " اخلعى نفسك بغير شئ" وإشارة إلى أن فى قوله " اشترى نفسك منى " روايتان كما فى قوله " اخلعى نفسك" .

وفـی الذخيرة : وإذا قـالـت الـمـرأة لزوجها : تن مرافروش ، أو : سرمرا فروش! أو قـالـت بـالعربية " بعنى نفسيى " فهو على أربعة أوجه على حسب ماذكرنا فيما إذا قالت لزوجها " اخلعنى " .

٧١٠٠ :- م : وإذا قـال لها : خويشتن خريدى از من بمهرك ونفقة عدتك ! فـقالت : خريدم : ولـم يقل الزوج : فروختم ! قال بعض المشايخ : يتم الخلع، وقال بـعـضـم : لايتـم ، وقـال الـفـقـيـه أبو جعفر : يسئل الزوج أنه أراد بقوله " خريدى " التـحـقـيـق أو السـوم ؟ إن قـال : أردت السـوم ! لايتـم الخلع ، وإن قال : أردت بـه التـحـقـيـق ! يتم ،. وعن الفقيه أبى الليث ماهو قريب من هذا فإنه قال : لايتم الخلع إلا إذا أراد بـقـولـه " خريدى" التحقيق، وحكى عن شيخ الإسلام الأوز جندى عن شمس الأئمة السرخسى أنه كان يقول : يتم الخلع وإن لم يقل الزوج " فروختم"،. وقـد رأيت فى فتاواه هكذا ، و صورة ما رأيت **فى فتاواه :** إذا قال لها : خويشتن از من بهمه حقها خريدى ، أو قال : بچندين درم خريدى ! فقالت : خريدم ، و لم يقل الـزوج : فروختم ، أن الخلع تام ، ولو قال : خريدى ! ولم يقل : بهمه حقها، ولا قال : بـچـنـديـن درم ! فقالت : خريدم ! لايتم الخلع مالم يقل الزوج : فروختم والمعنى فى ذلك أن تـقـدير كلامه : خويشتن خريدى كه من فروختم ، **وفـی الفتاوى الخلاصة :** ولـوقـال : خـويشتـن بخر فقالت : خويشتن بخريدم بهزار درم ! صارت مبتدئة ولا يصح الخلع مالم يقل الزوج " بعت" .

٧١٠١ :- وفى الخانية : ولو قال الرجل لها " اشترى ثلاث تطليقات بمهرك ونفقة عدتك" فقالت " اشتريت " تم الخلع ، وإذا قال الرجل لامرأته " ابتعت منى ، أو قـال : اشتـريت منى ثلاث تطليقات بمهرك ونفقة عدتك ، فقالت " اشتريت " ، الصحيح أنه لايقع مالم يقل الزوج بعد كلامها"بعت "، **وفى العتابية :** هو المختار .

٧١٠٢ :- م : وإذا قـال لهـا " اشـتـريـت مـنـى ثلاث تطليقات بمهرك ونفقة عـدتك" فـقـالـت " اشتـريـت " ، أو قـال لهـا " خلعت نفسك منى بكذا " فقالت "خـلـعـت"فالجواب فيها كالجواب فى قوله : خريدى، ولو قال لها : خويشتن مى خـرى بكذا ، فقالت : خريدم ، لايتم الخلع مالم يقل الزوج : فروختم ، فهذا باتفاق

الأقوال : و كذا إذا قالت : خويشتن مى خرم، فقال الزوج : فروختم ، لايتم الخلع .

٧١٠٣:- وفى فتاوى الفضلى : امرأة قالت لزوجها " اشتريت نفسى منك بما أعطيت ، أو قالت : أشترى " وأرادت الإيجاب دون العدة ، فقال الزوج "أعطيت" يقع الطلاق ، ولو قالت بالفارسية " خرى " وباقى المسألة بحالها ، يصح أن لاينوى أنها أرادت العدة أو الإيجاب ، وإن قالت " خرم" لايصح أن لاينوى ، **وفيه أيضا:** إذا قالت : خويشتن خرى از تو بمهرى و نفقةُ عدتى كه دادى ، **وفى الذخيرة :** فروختى ، **م :** فقال الزوج : آرى ، وقعت الفرقة ، ولو قال : آرى سيم ، لاتقع الفرقة ، **وفى الذخيرة :** ولو قال : آرى سيم ده، تقع الفرقة ، **وفى فتاوى النسفى :** إن قولها " خرى " ليس بإيجاب حتى أنها لو قالت : خويشتن خرى ، فقال الزوج : فروختم **!** لايتم الخلع ، ذكر الجعل أولم يذكر .

٧١٠٤ :- ولو قالت لزوجها : هر حقى كه مرابر تواست خويشتن خريدم ، فقال الزوج : فروختم **!** لايكون خلعا بذلك المال ، ولو قالت : بمهر حقى ، كان خلعا، ولو جرت العادة فيما بين الناس أنهم يريدون بقولهم " هرحقى " بمهر حقى يجب أن يصح الخلع ، والفتوى على أنه لايصح إلا أن يكتب فى الفتوى "كذا جرت العادة " فحينئذ يفتى بالصحة ، **وفى المضمرات :** وإذا قالت : خويشتن خريدم بمهر حقى مراكه برتست **!** لاتقع البراء ة عن نفقة العدة ، **م :** وفى موضع آخر : ولو قال هرحقى كه مرا از تو مى بايد خويشتن خريدم از تو ، أو قالت: مر خويشتن خريدم از تو ، فقال الزوج : فروختم، يكون خلعا ويلغو قوله : هر حقى كه مرا از تو مى بايد ، و تصير كأنها ابتدأت فقالت : خويشين خريدم از تو .

٧١٠٥:- وفى السراجية : إذا قالت : مرخويشتن را از همه حقها خريدم ، فقال الزوج : فروختم صح ويكون عبارة عن قوله : بهمه حقها خريدم ، ويجب عليها رد المهر ، **وفى تجنيس الناصرى :** ولو قال لآخر ، إنك أسعدت امرأة صالحة، فقال الزوج : من بسه درهم ترا فروختم ، فقال : خريدم ، لايقع الخلع .

٧١٠٦ :- م : وإذا قالت المرأة " اختلعت بمهرى ونفقة عدتى ، ولم تقل "منك" فقال " خلعت " ولم يقل " خلعتك" لا يكون هذا خلعا صحيحا ، وكذا إذا

قالت بالفارسية : خويشتن خريدم ، فقال الزوج : فروختم ، لايكون خلعا صحيحا، ولو قال : فروختمت ، فهو خلع صحيح ، هكذا ذكر **في مجموع النوازل** .

٧١٠٧:- وفی فتاوی أبی الليث : إذا جرت مقدمات الخلع بين الزوجين، فقالت المرأة بعد ذلك : خويشتن خريدم بنفقۂ عدة وكابين، فقال الزوج : فروختم ، يصح وإن لم تقل " منك"، وعلى هذا البيع والنكاح ، وحكى عن نجم الدين النسفی أنه قال : اتفق المشايخ فی زماننا أن الخلع صحيح بغير الإضافة إلى أحدهما لكثرة الاستعمال من العامة ، و عند هما هذا خلع صحيح ، فصار بمنزلة قوله : هرچه بدست راست گيرم بر من حرام ، و بمنزلة البيع والشراء إذا قال البائع "بعت هذا " فقال المشترى " اشتريت هذا " فإن هناك يتم البيع، فكذا هاهنا، **وفی الذخيرة :** وإذا قالت المرأة لزوجها : خويشتن خريدم ازتو به كابين ونفقۂ عدت، فقال الزوج : قد رضيت وأجزت ، فقد تم الخلع ، وكذلك إذا قال رجل لامرأته ، من ترابفروختم بكابين ونفقۂ عدت تو ، فقالت لزوج : أجزت ، قبلت ، رضيت ، فقد تم الخلع .

٧١٠٨:- وفی الخانية : امرأة قالت لزوجها " اشتريت بما أعطيت "و أرادت الإيجاب لا العدة فقال الزوج : " أعطيت" يقع الطلاق ، **وفی النوازل :** سئل أبو القاسم عن رجل قال لامرأته " بعت منك تطليقة بمهرك ونفقة عدتك بمثل ماجاء جبريل عليه السلام إلى النبی صلى الله عليه وسلم " ، **وفی الخانية :** فقالت "قبلت" قال : إن كانت طاهرة عند هذه المقالة ، ولم يكن جامعها فی ذلك الطهر وقع الطلاق عليها ، **وفی الفتاوی الخلاصة :** قيل للمرأة : اشتريت نفسك بتطليقة بكل حق يكون للنساء على الرجل من المهر ونفقة عدتك؟ فقالت " اشتريت " وقيل للزوج : بعت ؟ فقال " بعت " صح الخلع ، وإن لم يكونوا يقولوا لها " اشتريت نفسك منه" ولو قال الزوج " فروخت " ولم يقل " فروختم " صح الخلع ، رجل تزوج امرأة وقال عند رجل " امرأتی لاتشترى بثلاثين درهما " فقال ذلك الرجل " أنا أشتريها بمائة درهم هل بعت منی؟ " فقال " نعم " لاتحرم عليه .

٧١٠٩ :- م : وفـى المنتقى عن محمد : إذا قـالـت المرأة لزوجها " خلعت نـفسـى مـنك بـألف درهـم ، خلعت نفسى منك بألف درهم ، خلعت نفسى منك بـألف درهـم ، قـالـت ذلك ثلاث مرات ، فقال الزوج " قد رضيت وأجزت " كان ثـلاثا بثلاثة آلاف درهم ، ولو قال الزوج للمرأة " خلعتك على مال من المهر " قال ذلك ثـلاث مـرات ولـم يسـم شيئا، فقالت المرأة:" قبلت ورضيت " طلقت ثلاثا ، **وفى الحاوى :** سئل على بن أحمد عمن قال لها " بعت منك تطليقة بثلاثة آلاف"، قـال لها ثلاث مرات فأجابته فى كل مرة بقولها " اشتريت " ثم قال : أردت التكرار لاالثـلاث قال : يصدق قضاء ويكون تطليقة واحدة بثلاثة آلاف ، وبه نأخذ، **وفيه :** قـالـت " طـلـقـنـى بألف ، أو : اخلعنى بألف " فقال " قد فعلت " لزمها المال وإن لـم تقل هى " قبلت" وعن أبى بكر الإسكاف فيمن قال لها " بعت منك تطليقاتك بمهرك " فقالت هى " طلقت نفسى " قال : هذا قبول .

٧١١٠:- وفى الفتاوى الخلاصة : رجـل قال لامرأته : خويشتن از من بخر بـكـذا وكـذا ، وكـرر ثـلاثـا فـقـالـت : خريدم ، تقع الثلاث بالأموال ، ولو قالت : خويشتن خريدم بألف ، وكرّرت ثلاثا ، وقال الزوج : فروختم ، تقع واحدة بألف ، ويبطل الأول بالثانى ، والثانى بالثالث ، كذا روى الشيخ الأجل الأستاذ .

٧١١١ :- م : إذا قـال الرجل لامرأته : أخلعك فقالت قد خلعت فهذا باطل ، حتى يـقـول الـزوج قبـلـت : ، قـال ثمة : والخلع فى هذا من جانب الرجل لايشبه التـزويـج ، يـريـد بـه أن الـرجل إذا قال لامرأته " أتزوجك على مائة درهـم " فقالت "فـعـلـت "، وأنـه يـنـعقد النكاح بينهما وإن لم يقل الزوج بعد ذلك " قبلت " وفى نـوادر ابـن سماعة عن محمد : امرأة قالت لزوجها " اخلعنى " فقال : " قد خلعتك بـألف درهـم " لم يقع الخلع حتى تقبل المرأة ، قال ثمة : النكاح والخلع سواء إلا فـى قـول الـرجـل لامـرأة " زوجينى نفسك " فقالت " زوجتك نفسى " ولـم يذكرا مالا فهذا يجوز فى النكاح ولا يجوز فى الخلع .

٧١١٢ :- إذا قالت : خويشتن بخريدم بكابين و نفقهٔ عدت، فقال الزوج : پـذيـر فتـم ، فقد قيل : لايقع الخلع ، رجل قال لامرأته : من خويشتن را از تو بعدت

و کـابین خریدم ، و نوی الطلاق فان هناك تطلق المرأة ، وأكثر المشايخ أنه لايصح الـخـلـع ، وهو نظير مالو قال لعبده : خويشتن از تو خريدم ! فقال العبد : فروختم ! فـانـه لايعتق العبد ، **وفـی الظهيرية :** رجـل لـه امـرأتـان طـلبت إحداهما منه الخلع وقـالـت: مـن خـويشتـن خـريـدم از تـو بـكابين وهذينۂ عدت تو فروختی ؟ گفت : فـروختـم فـلـما خرج من المنزل قيل له : مع أيتهما خالعت ؟ قال : معهما ، قال نجم الـديـن النسفی : تحرم عليه هذه الأخيرة بالخلع والأولى بالإقرار ، وسئل نجم الدين هذا عـمـن خـلـع امـرأته ثم تزوجها بعد ذلك ثم قال : توبر من حرامی بدان خلع ، هل تحرم عليه ؟ قال : نعم ، وإذا حرمت عليه بإقراره ، يجب المسمى فی هذا النكاح بالغا مابلغ .

۷۱۱۳ :- وفـی الفتاوی الخلاصة : ولـو قـال، بازن خلع كردم ، أو : خريد فـروختـم كردم ، والمرأة منكرة يقع الطلاق بإقراره ، وهذا إذا لم يسبق خلع أصلا، ولـو سبـق خـلـع فـاسـد فـقال : هو بناء على أن الخلع صحيح ، قال الشيخ الأجل الأستـاذ : لايـقـع : وقـال الإمام النسفی : يقع ؛ ولو أضاف إلى ذلك الخلع ، فقال : بأن خلع لا يصح عند الكل .

۷۱۱٤:- رجـل قـال لامـرأتـه " اخـلعی نفسك بمهرك ونفقة العدة " لقنها بالعربية فقالت " اختلعت منه بالمهر ونفقة العدة وأبرأتك " منهم من قال : لايصح، قـال الـصـدر الشهيد : وبه يفتی ، وكذا لو لقنها أن تبرئ الزوج عن المهر والنفقة ، إذا قيـل لـلـزوجة : خـويشتـن خـريـدی مـن زوجك بكذا ؟ فقالت : خريدم ، فقيل للزوج: فروختی ؟ فقال : لا ! ثم قال فی ذلك المجلس : فروختم ! لا يصح الخلع . وكـذا لـو قـال الـزوج لـلـمـرأة : خويشتن رابخر بكابين وبعدت ! فقالت : بكابين خـريـدم بـعـدت نـی ! ولـم يقل الزوج بعد ذلك شيئا لايقع بهذا شیء ، ولو اختلعا وهـمـا يمشيان : إن كان كلام واحد منهما متصلا بآخر صح الخلع ، وإن لم يكن متصلا ، لايصح الخلع ولا يقع الطلاق .

۷۱۱٥ :- وفـی فتاوی ابن الفضل : قـال لهـا " اخلعی نفسك منی ، أو : اخـلـعـی نفسك منی بمال " فقالت " اختلعت بألف درهـم " لايتم الخلع من غير قـولـه " قبـلـت " ولـو وهبـت امـرأة مهرها من زوجها فقالت " عوضنی " فقال

"وضتك ثلاث تطليقات" ثلاثا وسئل عمن قال لامرأته : خويشتن خريدى از من بهزار درم؟ فقالت : خريدم ، فقال الزوج : دادم ! قال : أخشى أن يصح ، وقيل : إن هذه لفظة عدة لالفظة إيجاب .

٧١١٦ :- وفى واقعات الناطفى : رجل تزوج امرأة على ألف درهم ، ثم خالعها قبل الدخول بها على ألف درهم ، ذكر فى الكتاب أن للزوج عليها ألف درهم وهذا قياس ، وفى الاستحسان لاشئ عليها ، وهذا قياس على قول أبي يوسف و محمد ، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله لايجب عليها ألف درهم ؛ لأن الخلع على مال مسمى يوجب براءة كل واحد منهما عن مواجب النكاح .

٧١١٧ :- وفيها : رجل تزوج امرأة على مهر مسمى ، ثم طلقها طلاقا بائنا ثم تزوجها ثانيا على مهر آخر ، ثم اختلعت من زوجها برئ الزوج من المسمى الثانى دون الأول ، وكذا لو قال بالفارسية : خويشتن خريدم از توبكابين و بهمه حقها كه مرابرتست ! لا يبرأ عن المهر الأول ، **وفى الكبرى :** امرأة وهبت مهرها من زوجها، ثم إن الزوج باع منها تطليقة بمهرها والزوج يعلم أنه لامهر لها عليه واشترت هى ، يقع الطلاق رجعيا مجانا .

نوع آخر من الخلع

٧١١٨ :- إذا قال " خالعتك " ولم يذكر المال أصلا ، فقالت " قبلت " لايسقط شئ من المهر ، هذا فى جواب ظاهر الرواية . وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده : إذا قال لها " خالعتك " فقالت " قبلت " يقع الطلاق وتقع البراءة للزوج عن المهر إن كان عليه مهر ، وإن لم يكن عليه مهر ، يجب عليها رد ماساق إليها من المهر .

٧١١٩ :- وإذا قالت بالفارسية : خويشتن خريدم از تو ، وقال الزوج : فروختمت، تقع تطليقة بائنة ولا ترد ماقبضت من المهر ، وإن لم تقبض برئ الزوج ، ورأيت فى بعض الكتب أن فى براءة الزوج عن المهر إذا لم يذكر فى الخلع شيئا روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله ، والأصح هوالبراءة، **وفى شرح الكافى :** أن الزوج يبرأ عن المهر

عـنـد أبى حنيفة ، وإن لم يذكرا فى الخلع شيئا، ولا تسقط نفقة العدة إلا بالذكر ، وإذا قال لها " خالعتك " ونوى الطلاق يقع الطلاق ولا يبرأ الزوج من المهر بالاتفاق.

٧١٢٠ :- وإذا قـال لهـا بـالـعـربية " بـعتك" لايـقـع الطلاق مـالـم تقل "اشتـريت" وإذا قالت " اشتريت" حتى وقع الطلاق ، فحكم المهر ماذكرنا فيما إذا قال لها بالفارسية : فروختمت .

٧١٢١:- هذا إذا خالعها ولم يذكر المال أصلا، فأما إذا خالعها على مهرها فهـذا عـلـى وجهـين : إن خـالـعهـا على جميع مهرها والمهر مقبوض و ذلك ألف درهـم والـمرأة مدخول بها، كان عليها رد ماقبضت من المهر و رد مثله ، وإن كان غيـر مـقبـوض سـقـط عن الزوج جميع المهر ، **وفـى الذخيرة :** ولا يتبـع أحدهما صـاحبـه بشـئ مـن الـمهـر بسبب الطلاق فى الفصلين جميعا، وإن لم يكن الزوج دخـل بهـا فـخـالـعهـا والـمهـر مـقبـوض ، فـالـقيـاس أن يرجع الزوج عليها بألف وخـمسـمـائة : ألف بـدل الـخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وفـى الاستحسان يرجع عليها بألف درهم لاغير : خمسمائة بدل الخلع، وخمسمائة بـالـطلاق قبل الدخول ، وإن كان المهر غير مقبوض، فالقياس أن يرجع الزوج عليها بخمسمائة ، وفى الاستحسان لايرجع عليها بشىء و يبرأ عن جميع المهر .

٧١٢٢:- هـذا إذا خـالـعهـا عـلـى جـميع مهر ها ، وإن خالعها على بعض مهـرهـا بـأن خـالـعهـا عـلى عشر مهر ها مثلا والمهر مقبوض و ذلك ألف والمرأة مـدخـول بهـا ، فـالـزوج يرجع عليها من المهر ما به بدل الخلع والباقى سالم لها ، **وفى الظهيرية :** فـى قـولهـم جميعا، وإن كان غير مقبوض ، سقط عن الزوج عشر الـمهر ببدل الخلع بلا خلاف ، وتسقط التسعمائة الباقية بسبب الخلع عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه وعندهما لاتسقط التسعمائة الباقية ، **وفى الظهيرية :** وترجع على الزوج بتسعمائة ، **م :** وإن لـم يكن الزوج دخل بها فخالعها والمهر مقبوض ، فالقياس أن يرجع الزوج عليها بستمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول بها ، وفى الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما، وإن كان المهر غير مقبوض ، فعلى قول أبـى حنيفة رحمه اللّٰه على جواب الاستحسان أنه لاترجع المرأة على الزوج بشئ ،

وعلى قولهما على جواب الاستحسان يسقط عن الزوج خمسون درهما بسبب الخلع ويرجع عليها بأربعمائة و خمسين .

۷۱۲۳ :- هذا إذا خالعها على جميع مهرها، أو على بعض مهرها ، وإن كان بارأها على جميع مهرها، أو على بعض مهرها، فعند محمد الجواب فيه كالجواب فى الخلع لايسقط إلا ماسميا فيه ، وعندهما الجواب فيه كالجواب فى الخلع على أبى حنيفة حتى برئ كل واحد منهما عن صاحبه عن جميع حقوق النكاح .

۷۱۲٤ :- وأما إذا خالعها على مال مسمى معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع ، ولا يرجع أحدهما صاحبه بعد الطلاق بشئ من المهر عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض، فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبى حنيفة رحمه الله ، **وفى الخانية :** وعند صاحبيه يرجع الزوج عليها بالبدل ونصف المهر .

۷۱۲٥ :- م : و بهذا الفصل تبين أن ما ذكر من جواب الا ستحسان فيما إذا خالعها على مهرها والمرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض قول أبى يوسف ومحمد، وإن لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع ، وهى لاترجع على زوجها بنصف المهر عند ابى حنيفة خلافا لهما ، وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر، فالجواب فيه عند محمدرحمه الله كالجواب فى الخلع عنده ، و عند أبى حنيفة وأبى يوسف الجواب فيه كالجواب فى الخلع عند أبى حنيفة .

۷۱۲٦:- وفى العتابية : الخلع و المبارأة كلاهما عند أبى حنيفة رحمه الله يوجبان براءة كل واحد منهما من صاحبه من المهر ، وعند محمد رحمه الله كلاهما لايوجبان ، و عند أبى يوسف المبارأة توجب والخلع لا ، **وفى المنافع :** والمبارأة أن يقول كل واحد منهما : هر دو يكديگر رابيزار كرديم ، ويقع بالمبارأة الطلاق البائن بدون النية كما فى الخلع .

۷۱۲۷ :- وفى اليتيمة : سئل على بن أحمد عن امرأة قالت لزوجها" أبرأتك بالطلاق والصك " فقبل الزوج البراءة ولم يطلقها هل يبرأ عن الصداق ؟ فأجاب : إن قالت " أبرأتك عن الصداق بالطلاق" فقبل الرجل البراءة طلقت وإن لم يطلق ،

وسئل أبو الفضل الكرمانى عن امرأة قالت لزوجها " أبرأتك عن المهر بشرط أن تطلقنى" فقال الزوج " قبلت البراءة " ولم يطلق هل يبرأ ؟ وهل يقع الطلاق بمجرد قبول البراءة من غير أن يتلفظ بالطلاق ؟ فقال : لايقع الطلاق ، ولا تثبت البراءة ، وكتب إلى الحسن إبن على : إذا قالت المرأة لزوجها " أبرأتك فطلقنى" فقال الزوج " قبلت البراءة " ولم يطلق ،هل يبرأ وهل يقع الطلاق؟ فقال: لايبرأ فى قولها " أبرأتك فطلقنى" إذا لم يطلق ، ويبرا فى قولها " أبراتك وطلقنى".

٧١٢٨ :- وفى الينابيع : وإن خالعها على ألف غير المهر لزمها المال ، ثم ينظر : إن كان بلفظ الخلع يبرأ الزوج من كل حق وجب لها بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية ، ولا تسقط عنه نفقة العدة .

٧١٢٩ :- وفى واقعات الناطفى : امرأة سألت زوجها فقال الزوج: "أبرئينى عن كل حق لك على حتى أطلقك ؟ " فقالت " أبرأتك عن كل حق يكون للنساء على الرجال" فقال فى فور ذلك " طلقتك واحدة" وهى مدخول بها يقع بائنا.

٧١٣٠ :- وفى الذخيرة : وإذا قال لها " أنت طالق فى ذمان من" فمعناه : أنت طالق على أنى برى ء من مهرك ! فإن قبلت ذلك يقع الطلاق ويسقط الصداق عن ذمة الزوج ، وإن لم تقبل لايقع الطلاق، وقعت واقعة من جنس هذا ، صورتها: إذا قال لها " إن فعلت كذا فأنت طالق على أنى برى ء من مهرها" فانفقت الأجوبة أنه يشترط قبولها ولكن بعد ما فعلت ذلك الفعل .

٧١٣١ :- م : وأما نفقة العدة و مؤنة السكنى إن شرط ذلك فى الخلع

٧١٢٨:- أخرج ابن أبى شيبة عن الشعبى قال : للمختلعة السكنى والنفقة ، لأنها لوشاءت تزوجت زوجها فى عدتها تزوجته ، مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا فى المختلعة : تكون لها نفقة أم لا . ٥١/١٠ برقم : ١٨٨١٢ .

٧١٣١:- أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم فى نفقة المفتدية الحبلى ، قال : لها السكنى ولها النفقة ، إلا أن يشترط أن لا نفقة لك ، قال إبراهيم : يجوز شرطه فى النفقة ولا يجوز فى السكنى ، وأخرج أيضا عن عطاء قال: نفقة المفتدية الحبلى على زوجها ، قال : قاله ابن شهاب وقال ابن جريج : إن كان علم بحبلها أو لم يعلم ، فالنفقة عليه إلا أن يكون اشترط أن نفقتك ليست على ، وقال عمرو بن دينار ينفق عليها انما ينفق على ولده . مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب نفقة المختلعة الحامل ، ٥٠٨/٦ برقم : ١١٨٦٥ ، ١١٨٦٣.

قول المنصف : لقوله تعالیٰ: لاتخرجوهن من بيوتهن ، سورة الطلاق ، رقم الآية : ١ .

والمبارأة ، تقع البراءة عنهما للزوج بلا خلاف ، فإن لم يشترط ذلك فى الخلع والمبارأة لا تقع البراءة بالإجماع ، **وفى الولوالجية :** فإن كان الزوج اشترط عليها البراءة عن النفقة والسكى ، برئ عن النفقة ولا يبرأ عن السكنى ؛ لأن السكنى فى جهة حق الشرع عليه لقوله تعالى (ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة) فلا يصح إسقاطها .

۷۱۳۲:- وأما نفقة الولد ـ وهى مؤبة الرضاع ـ فلا تقع البراءة عنها إن لم يشترط ذلك فى الخلع والمبارأة بالإجماع . وإن شرط إن وقت لذلك وقتا بأن قال " إلى سنة " أو ما أشبه ذلك جاز، وإن لم يوقت لايجوز فلا تقع البراء عنها ، **وفى الظهيرية :** وإذا وقت حتى جاز فإن مات الولد قبل تمام الوقت كان للزوج أن يرجع عليها بحصته إلى تمام المدة ، فإن أرادت المرأة أن لا يكون له عليها حق الرجوع، فالحيلة فى ذلك أن يقول الزوج " خالعتك على أنى برئ من نفقة الولد إلى سنتين فإن مات الولد قبل تمام المدة فلا سبيل لى عليك".

۷۱۳۳:- م : وأما دين آخر سوى المهر ، فلا تقع البرائة عنه فى الخلع والمبارأة بدون الشرط فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وفى رواية الحسن عنه تقع البراءة عنه بدون الشرط ، وإذا قالت : خويشتن خريدم بهر حقى كه مرابر تست ! لا تقع البراءة عن نفقة العدة ،[و إن شرط البراءة عن السكنى فى الخلع لا يصح ـ]. وأما إذا طلقها بمال آخر سوى المهر، فالجواب فيه عندهما كالجواب فى الخلع ، وأما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالىٰ فقد روى الحسن عنه أن كل واحد منهما يبرأ عن حقوق النكاح ، وبه أخذ الفقيه أبو بكر البلخى، وفى ظاهر الرواية عنه : لايبرأ ، وبه أخذ عامة المشايخ .

۷۱۳٤ :- وأما إذا كان العقد بلفظ البيع بالعربية أو بالفارسية ، فعلى قولهما الجواب فيه كالجواب فى الخلع ، وأما عند أبى حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه ، **وفى الذخيرة :** قال مشايخ بخارىٰ : يوجب براءة كل واحد منهما عن حقوق النكاح ، **وفى الخانية :** وقال بعضهم : الخلع بلفظ البيع والشراء عند أبى حنيفة لايوجب البراءة عن المهر إلا بذكر المهر كما هو مذهبهما ، وهو الصحيح .

۷۱۳٥ :- وفی السراجية : ولـو اختـلـعـت مـن الـزوج بمهرها ولها فی ذمته مهران، برئ الزوج من المهر الثانی دون الأول . **م :** فإذا خالعها بما لها عليه من المهر ظـنا منه أن لها عليه بقية المهر ، ثم علم أنه لم يبق لها عليه شیء من المهر وقع الطلاق علی مهر ها فيجب عليها أن ترد المهر ، ونظير هذا مالو قال لها : خالعتك علی عبدك الـذی لك عـنـدی ، أو : عـلـی متـاعك الـذی فی يدی "فإذا ليس فی يده شیء" وقع الـخـلـع عـلـی مهرها ، وإن لم تقبض المهر برئ الزوج عنه ، وإن قبضت ردت المهر عـليـه ، وأمـا إذا عـلـم الـزوج أن لامهـر لها عليه وباقی المسألة بحالها يصح الخلع ، **وفی الخانية :** وتقع تطليقة بائنة بغير شیء ، **م :** فـلا ترد علی الزوج بشئ ، بمنزلة مالو خالعها علی مافی هذا البيت من المتا ع، والزوج يعلم أنه لامتا ع لها فيه، **وفی الخانية:** وكـذا لـو بـا ع شيـئـا بـدين له عليه وهو يعلم أنه لادين له عليه ذكر الشيخ المعروف بـخواهر زاده أنه لايصح. **م :** وعـلی هذا إذا قال لها " بعتك تطليقة بمهرك" ، والزوج يعلم أنه لم يبق لها عليه شئ من المهر فاشترت هی ، يقع الطلاق رجعيا مجانا .

۷۱۳٦ :- وإذا تزوج امرأة عـلـی مهر مسمی ثم طلقها بائنا، **وفی الخانية :** بعد الدخول، **م :** ثـم تزوجها ثانيا علی مهر آخر ثم اختلعت من زوجها علی مهرها يبـرأ عـن المهر الثانی دون الأول ، وكذا لو قالت بالفارسية : خويشتن خريدم از تو بكابين و بهمه حقها كه مرابر تست ! لايبرأ عن المهر الأول .

نوع آخر

۷۱۳۷ :- إذا وهبت من زوجها نصف الصداق أو أقل أو أكثر، ثم اختلعت مـنه بمال معلوم قبل الدخول بها، كان للزوج بدل الخلع ، ولا يرجع أحدهما علی صـاحبه بشئ فی قول أبی حنيفة ، وعلی قول صاحبيه ،عليها الخلع فی حكم المهر بـمـنـزلة الـطـلاق، ولـو وهبـت نصف الصداق قبل القبض ثم طلقها بها ، لايرجع أحـدهـما علی صاحبه بشئ، وكذلك فی الخلع. وإن كانت المرأة قبضت مهرها، ثـم وهبـت النصف من الزوج ، ودفعت إليه ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع الزوج عليها بنصف المهر ، وكذلك فی الخلع يرجع عليها بنصف المهر.

٧١٣٨ :- ولو تزوج امرأة على ألف درهم ثم وهبت نصف المهر أو أقل أو أكثر، وقبضت الباقي، ثم اختلعت منه بمال مجهول ،كما لو اختلعت بثوب أو حيوان في الذمة : جاز الخلع ، ويرجع الزوج عليها بما قبضت من بقية مهرها ، ولا ترجع بما وهبت، ولا تبرأ المرأة بالخلع عما قبضت في قول أبي حنيفة رحمه اللّٰه .

٧١٣٩ :- رجل خالع امرأته على أن ترد على الزوج جميع ماقبضت منه ، وكانت المرأة باعت ما قبضت منه أو وهبت من إنسان و دفعت إليه حتى تعذر عليها رد ذلك للزوج : عليها رد قيمة المقبوض إن كان المقبوض من ذوات القيم، وإن كان من ذوات الأمثال كان عليها مثل ذلك .

نوع آخر

٧١٤٠ :- إذا اختلعت المرأة من زوجها على شئ آخر سوى المهر، فهذا على وجوه : **الأول:** إن سمى في الخلع شيئا لاقيمة له أصلا نحو الخمر والخنزير والميتة والدم ، وفي هذا الوجه الخلع واقع، ولا شئ للزوج على المرأة ، **وفي الهداية :** والفرقة بائنة ، **وفي الزاد :** ولو بطل العوض في الطلاق كان رجعيا، وكذا في التهذيب ، **وفي الخلاصة الخانية :** وقال زفر : لو خلع امرأته على خمر بعينها أو على خنزير بعينه، أوعلى ميتة أو دم، يقع الطلاق بالمهر الذى تزوجها عليه .

٧١٤١ :- م : والوجه الثاني : أن يسمى في الخلع ما احتمل أن يكون مالا وأن لايكون مالا، بأن اختلعت على مافي بيتها أو على مافي يدها من شيء ، فإن اسم الشئ كمايتناول المال يتناول غير المال ، وفي هذا الوجه ينظر ، إن كان في يدها أو في بيتها في تلك الساعة شئ فذلك للزوج ، وإن لم يكن في بيتها ولا في يدها شئ فلا شئ للزوج ، **وفي الخانية :** سواء ذكر الشئ محلى باللام أو بغيراللام، وإذا كان الطلاق على عوض لاقيمة له بطل العوض ويكون الطلاق رجعيا ، **م :** وكذلك إذا اختعلت على مافي بطون غنمها أو جاريتها ولم تنص على الولد ، **وفي الخانية :** إن كان في البطن ولد يقع الخلع عليه ، وإن لم يكن يقع بغير شيء .

٧١٤٢:- م : الوجه الثالث : إذا سمت في الخلع ما هو مال إلا أنه ليس

بموجود فی الحال وإنما يوجد فی التالی ، بأن اختلعت على مايثمر نخلها العام ، أو على ماتلد أغنامها العام، أو على ماتكتسب العام ، وفی هذا الوجه وجب عليها ردما قبضت من المهر وجد ذلك أم لا ، **وفی الخانية :** ثم كان أبو يوسف رحمه اللّٰه أولا يقول : إن أثمرت فله ذلك ، وإن لم تثمر جاز الخلع بغير شئ ؛ ثم رجع عن هذا وقال : وعليها رد ماساق من الصداق ، ولا سبيل له على الثمر ، **وفی التجريد :** ولو خلع إلى الحصاد أو الدياس جاز ، وإلى الميسرة لايجوز .

۷۱٤۳ :- م : الرابع : إذا سمت فی الخلع ماهو مال لايتعلق وجوده بالزمان، إلا أنه مجهول لايوقف على قدره، بأن اختلعت على مافی بيتها أو فی يدها من المتاع ، أو اختلعت على مافی نخلها من الثمار، أو اختلعت على مافی بطون غنمها من ولد، **وفی التجريد :** أو مافی بطن جاريتها من ولد ، **م :** أو على مافی ضروع غنمها من اللبن ، وفی هذا الوجه إن كان هناك ماسمت فی الخلع فللزوج ذلك ، وإن لم يكن هناك شیء ، لزمها ردما قبضت من المهر .

۷۱٤٤:- الوجه الخامس : إذا سمت فی الخلع ماهو مال وله مقدار معلوم، بأن اختلعت على مافی يدها من دراهم أو دنا نير أو فلوس ، فإن أقل ماينطلق عليه اسم الدراهم ثلاثة دراهم فصاعدا ، فللزوج ذلك ، وإن لم يكن فی يدها شئ من ذلك فله ثلاثة وزنا من الدراهم أو الدنانير وعددا من الفلوس ، وإن كان فی يدها درهمان، **وفی الخانية :** أو درهم ، **م :** يؤمر بإتمام ثلاثة دراهم ، **وفی الخزانة :** وإن قالت ، خالعنی على دراهم ، يلزمها عشرة دراهم .

۷۱٤٥:- م : الوجه السادس : إذا سمت فی الخلع ماهو مال وأشارت إلى ما ليس بمال ، بأن اختلعت على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر ، وفی هذا الوجه إن علم الزوج بكونه خمرا فلا شئ له ، وإن لم يعلم رجع عليها بالمهرالذی أعطاها، وهذا عند أبی حنيفة ، أما عندهما له مثل ذلك الدن من الخل كما فی الصداق .

۷۱٤٦:- وفی الهداية : وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا فی الخلع ـ **وفی الينابيع :** يريد به أن كل جهالة تحملت فی المهر تتحمل فی بدل الخلع ، حتی لو خالعها على حيوان موصوف نحو الفرس والبغل والحمار وغير

ذلك فالخلع جائز، وله الوسط من ذلك ، وهى بالخيار : إن شاء ت دفعت إليه الوسط وإن شاء ت دفعت إليه قيمتها ، وإن خالعها على حيوان غير موصوف وقع الطلاق ويجب عليها أن ترد ما استحقت عليه بالنكاح . **وفى الفتاوى الخلاصة:** يجوز الخلع على مكيل أو هوزون أو موصوف ويستحق المسمى .

نوع آخر

٧١٤٧:- إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تعتق أباه، ففعلت فالعتق عنها والأب مولى لها ، اختلعت على أن تعتق أباه عنه ففعلت ، فالعتق عن الزوج . ثم فى الفصل الأول إذا لم يقع العتق عن الزوج هل يرجع الزوج عليها بما ساق إليها؟ اختلف المشايخ ، قال بعضهم : يرجع ، والأصح أنه لايرجع عليها بشئ .

م : نوع آخر فيما يصلح جوابا وما لايصلح جوابا

٧١٤٨:- قالت له امرأته "اخلعنى" أو قالت : خويشتن خريدم از تو بعدت وكابين ! فقال الرجل " أنت طالق" أو قال "طلقتك" تقع طليقة بائنة ، **وفى مجموع النوازل** عن شيخ الإسلام أبى الحسن : أنه تقع تطليقة رجعية ، والصحيح هو الأول ، وهكذا كان يفتى شيخ الإسلام الأوزجندى ، **وفى الذخيرة :** وهل يبرأ الزوج عن المهر ؟ قال بعض المشايخ : يبرأ ، وقال بعضهم : لايبرأ ، وهو الأصح ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** يعنى أنه لو أراد به الجواب يكون جوابا ، ولو قال : فروختم بيك طلاق ، جواب بدون النية .

٧١٤٩:- وفى الخانية : امرأة قالت لزوجها "اخلعنى على ألف درهم" فقال الزوج " أنت طالق" اختلفوا فيه، قال بعضهم : كلام الرجل يكون جوابا ويتم الخلع ، وقال بعضهم : يقع الطلاق ولا يكون خلعا ، والمختار أن يجعل جوابا ، وإن قال الزوج بعد ذلك : لم أعن به الجواب، كان القول قوله ، ويقع الطلاق بغير شئ .

٧١٥٠:- وكذا لو قالت المرأة لزوجها " اختلعت منك " فقال لها "طلقتك" قال بعضهم : جواب ، ويتم الخلع بينهما ، وقال بعضهم : تقع واحدة رجعية، و قال بعضهم : يسئل الزوج عن النية ، إن قال: نويت به الجواب، كان جوابا .

٧١٥١:- م : وكذلك إذا قال لها "بعت منك طلاقك بمهرك الذى لك على" فقالت "طلقت نفسى" يقع طلاق بائن بمهرها بمنزلة قولها "اشتريت"، **وفى الذخيرة :** بخلاف ما إذا قال " بعت منك تطليقة" فقالت "اشتريت" فإن هناك تقع تطليقة رجعية ، إذا قالت لزوجها : خويشتن خريدم از تو بعدت و كابين ! فقال الزوج : من يكى طلاق رجعى دادم ! تقع تطليقة رجعية، ولو قالت : خويشتن خريدم بعدت وكابين، فقال الزوج : بيك طلاق رجعى ترافروختم ، فهذا جواب، ويقع طلاق بائن .

٧١٥٢:- وفى الظهيرية : امرأة قالت لزوجها : خويشتن خريدم از تو بكابين و هزينۀ عدت ، فقال الزوج : يك طلاق دادمت ، هل يكون جوابا لها ؟ قال : إن قال : عنيت به الابتداء ! صدق ، والطلاق رجعى ، وإن قال : عنيت به الجواب ، كان جوابا، وإن لم يخطر بباله شئ ، لايكون جوابا أيضا، واختار الفقيه أبو الليث أن يكون جوابا ، وإليه مال الصدر الشهيد .

٧١٥٣ :- م : وفى فتاوى النسفى : إذا قالت المرأة لزوجها : خويشتن خريدم از تو بكابين ونفقۀ عدت ! فقال الزوج : من دست كوتاه كردم ! أنه لايكون جوابا ، وقيل : ينبغى أن يكون جوابا إذا نوى الجواب أو نوى الطلاق ، **وفى الظهيرية :** فإذا نوى الزوج إيقاع الطلاق فهذا إيقاع طلاق بائن ولا يكون بناء على كلام المرأة ،**وفى الفتاوى الخلاصة :** كذا لو قال : دست باز داشتم ، وكذا فى كل لفظ لايحتمل معنى الشتم . ولو قال : فروختم بيك طلاق رجعى ، يكون جوابا ويكون بائنا، **م :** قال لها : بعت منك تطليقة بمهرك ونفقة عدتك ، فقالت المرأة : بجان خريدم ، يصح الخلع ويقع الطلاق ؛ لأن هذا جواب سؤال على سبيل المبالغة ، كقولها : بآرزو خريدم .

٧١٥٤ :- المتوسطون إذا قالوا للمرأة : بهر حقى كه زنان را بر گردن شويان بود بيك طلاق خويشتن خريدى ؟ فقالت : خريدم ، فقال الزوج : من بيك طلاق سنت دادم ، والمرأة مدخول بها تقع تطليقة رجعية ؛ لأنها لو وقعت تطليقة بائنة لاتكون سنة ، فهذا ابتداء كلام من الزوج لاجواب سؤالها ، إلا أن هذا الجواب إنما يستقيم على رواية الأصل ؛ لأن على رواية الأصل : البائن ليس بسنيّ ،

أما على رواية الزيادات فلا يستقيم هذا الجواب على تلك الرواية .

۷۱۵۵ :- وفی الفتاوی الخلاصة : امرأة قالت لزوجها "اخلعنی علی کذا" فقال "فعلت ، أو : أجزت ، یکون خلعا، ولو قالت المرأة خلعت ، أو : اشتریت نفسی ، فقال الزوج : نیك آمد ! لایکون جوابا . ولو قالت : اشتریت نفسی دادی، فقال الزوج : آری ، وقعت الفرقة ، ولو قال : آری بینم ، لایقع ، ولو قال : نعم ، أو : بلی ، المختار أنه جواب . ولو قال " بعت منك أمرك بألف درهم" إن اختارت نفسها فی المجلس وقع الطلاق و لزمها المال .

۷۱۵٦ :- م : إذا قال لامرأته : بهر حقی که زنان رابر شویان بود خویشتن از من خریدی ؟ فقالت : خریدم ، فقال الزوج : رواکنون ، لایقع الطلاق ؛ لأن قوله " رو اکنون" یحتمل إظهار النفرة عنها لما علم بمقالتها فلا یقع الطلاق فی هذا الموضع إلا بالنیة ، وهذا الجواب إنما یستقیم علی قول من یقول فی قوله "خویشتن خریدی ؟ فقالت : خریدم ، : إنه لایتم الخلع ، إنما علی قول من یقول: یتم الخلع لایستقیم هذا الجواب ، وکذلك إذا قالت : خویشتن خریدم از تو بکابین ونفقۂ عدت ، فقال الزوج : رو ، لایقع الخلع ، فلا یکون قوله "رو" جوابا إلا بالنیة .

۷۱۵۷ :- وفی الظهیریة : سئل أبو بکر عن امرأة وهبت مهر ها لزوجها ، ثم إن الزوج باع منها تطلیقة بمهرها واشترت هی ؟ قال : یقع الطلاق مجانا ویکون رجعیا ولا ترد علی الزوج شیئا ، **وفی الخانیة :** رجل قال لختنه : یك طلاق دختر من بمن فروختی بدان کابین که ویرا بر تواست ، ؟ فقال الزوج : فروختم ، ولم یقل الأب "قبلت" لایقع شیء ، **وفی الولو الجیة :** امرأة قالت لزوجها "اخلعنی" و قالت بالفارسیة : سه خواهم ، فقال الزوج : سه باد ، ثم خلعها بعد ذلك بتطلیقة واحدة تقع واحدة ، لأن بقوله "سه باد" لم یقع شئ. **وفی الفتاوی الخلاصة :** قال لامرأته : خویشتن بخر ، فقالت : خریده باد ، فقال الزوج : فروخته باد ، إن نویا الخلع یقع الخلع وإلا فلا ، **م :** امرأة قالت لزوجها : خویشتن خریدم ، فقال الزوج بطریق الاستهزاء والإهانة : فروختمت، فقد قیل : الخلع صحیح والجد والهزل والقصد و غیر القصد فیه سواء .

٧١٥٨:- إذا قالت لزوجها : خويشتن خريدم بنفقهٔ عدت و كابين ! فقال الزوج : فروختم بسه طلاق ، و هذا ابتداء كلام من الزوج ، وليس يجواب ، فيتوقف على قبولها، فان قبلت تقع الثلاث وإلا فلا يقع شئ ، إلا إذا كانت المرأة نوت الشراء بثلاث تطليقات ، فحينئذ يصح الخلع ، ويكون كلام الزوج جوابا فتقع الثلاث، و كانت واقعة الفتوى : امرأة قالت لزوجها : خويشتن خريدم از تو بيكى جابادى ، فقال الزوج : من بيكى كرده فروختم ! فقيل : إن كانت " الكرده" مثل "الجابادى" أو أصغر منه ، يكون جوابا ، وإن كانت أزيد منه لايكون جوابا، بل يكون ابتداء ، فيحتاج فيه إلى قبول المرأة ، وإن كانت الكردات مختلفة ، يسئل الزوج : كدام كرده خواستى ؟ ويبنى الحكم عليه ، وإن قال : لم أرد نوعا منه بعينه، إن قيل لايجعل جوابا فله وجه ، وإن قيل يجعل جوابا و يصرف كلامه إلى أصغر الأنواع فله وجه أيضا.

٧١٥٩:- قال لها : خويشتن بخر بعدت و كابين ! فقالت : خريدم بكابين، لايقع الخلع مالم يقل الزوج "بعت" ؛ ولو قالت : خريدم بعدت و كابين ! يقع الخلع ، وإن لم يقل الزوج "بعت" ويجعل ذلك منها جوابا، وإن زادت على حرف الجواب إلا أنها ما قصرت عن التمام ، بل أعادت جميع ما فى السؤال والزيادة على حرف الجواب إنما يمنع الجواب إذا قصر المجيب عن التمام ، بأن لم يعد جميع مافى السؤال ، أما إذا أعاد جميع مافى السؤال لايمنع الجواب، وهذا أصل معروف **فى الجام، وفى الولوالجية :** امرأة قالت لزوجها "اختلعت منك بكذا" وهو ينسج الكرباس فجعل ينسج ويخا صمها ، ثم قال "خالعتك" إن لم يطل ، فهذا جواب؛ لأنه إذا لم يطل لم ينقطع المجلس و كان جوابا.

٧١٦٠ :- الحاوى : سئل عمن قال لها : ترابتومى فروشم ، مى خرى ؟ فقالت : خريدم ، و مراده أن يعلم رغبتها فى الخلع ؟ قال : لم يصح الخلع ، ولو قال لها : كابين تو وهزينهٔ عدت تو بتو فروختم بطلاق تو ! فقالت : اشتريت ، قال أبو بكر : لا تطلق ، ولو قال لها : "اشتريت من طلاقك بكذا" فقالت "اشتريت" قال :

أرجو أن لاتطلق . **وفى الفتاوى الخلاصة :** لـو قال لها : خويشتن بخر ، ولـم يذ كر الـجعل، فقالت : خويشتن خريدم بعدت و كابين ، لايصح الخلع مالم يقل الزوج : بعت ، **م :** امرأة قـالـت لـزوجهـا : خـويشتن خريدم فروش ، فقال الزوج : فعلت ! يكون خلعا، ولو لم تقل "فروش" لايكون خلعا ، هكذا قيل ، وفيه نظر.

٧١٦١ :- وفى فتاوى الأصل : امرأة قـالت لزوجها "اختلعت منك بكذا" وهو يـنسج الكرباس ، فجعل ينسج ويخاصم ، ثم قال "خلعتك" إن لم يطل فهذا جواب ، و قيـل : هـذا جواب وإن طال إذا كان كلامهما يتعلق بالخلع ، وحكى عن شيخ الإسلام الأوزجـندى ، أنه سئل عن امرأة قالت لزوجها "اشتريت رأسى بكذا" فقال الزوج بعد ما اشتغل بكلمات "بعت" فقال : إن كان كلامهما يتعلق بالخلع لايتبدل المجلس.

٧١٦٢ :- وفـى مـجموع النوازل : إذا قـالـت الـمـرأة : خويشتن خريدم بعدت و كابين ، فقال الزوج : نيك آمد ! فهذا ليس بجواب ، **وفى الخانية :** وهو الأصح . **م :** ولو قالت : خويشتن خريدم از تو بكابين ونفقۀ عدت ، فقال الزوج : فروختم باين و صـد غـطـريف ديگر ، فقالت المرأة : نيك آمد ، فهذا خلع تام ، قالت: خويشتن خريدم بـمهـرى ونفقة عدتى ، فقال الزوج : فروخته غير ، فهذا خلع تام ، وهذا إذا أراد به الزوج التـحـقيق، وقد مرت المسألة من قبل ، **وفـى الذخيرة :** إذا قـالـت المرأة : خويشتن از تو بكذا و كذا خريدم ! فقال الزوج : فروختم ، وقال : عنيت غير ها ، لايصدق قضاء .

٧١٦٣ :- طـلبـت الطلاق من الزوج فقال الزوج "أبرئينى عن كل حق لك على حتى أطلقك ، فقالت " أبرأتك عن كل حق للنساء على الأزواج" فقال الزوج فـى فـور ذلك" طلقتك واحدة" والمرأة كانت مدخولا بها يقع عليها طلاق بائن . وفيهـا : جـرى بيـن الـزوجيـن كـلام فقالت له بالفارسية : تواز من چه ميخواهى از آنـچـه مـرادر گردن تست بيزار شدم دست از من بدار ، فقال لها على الفور : بيك طـلاق پـاى كشـاده كردمت ، أنها تسئل ، فإن قالت : لم أجعل البراءة عوضا عن الـطـلاق ! فـالـواقـع رجـعـى والـزوج برى عن المهر دون نفقة العدة ، وإن قالت : جـعـلتهـا عـوجـا عـن الـطـلاق ! يسـئل الزوج ، فإن قال : أردت جوابها و جعلت الـطـلاق عـوضـا لـمـا سألت ، فالواقع بائن ، وإن قال : أردت جوابها ، فعليه المهر

والواقع رجعي . **وفي تجنيس الناصري :** ولو قال لها : خويشتن بخر ، گفت : نمی خرم ، ثم بعد زمان قالت : هزل خويشتن خريدم ، فقال الزوج : من نيز هذل فروختم ، لا يكون خلعا ،**وفي الفتاوى الخلاصة :** رجل أمر امرأته أن تشتري الرأس المشوى، فاشترت ، فقال لها الزوج : سر خريدى ؟ فزعمت أنه يسأل عن الرأس المشوى ، فقالت : خريدم ، فقال الزوج : فروختم ، لا يصح الخلع ، وإن نوى الطلاق يقع ، امرأة قالت لزوجها : از من سير شدى خويشتن خريدم ، فقال الزوج : فروختم ، الخلع صحيح ، أما إذا قالت : اگر سير شده خويشتن خريدم ، فقال الزوج : فروختم ، إن ذكر على وجه المجازاة جرى بينهما مايوجب ذلك كان الخلع صحيحا ، فإن أرادبه التعليق لايصح به الخلع مالم يقل الزوج : آرى سير شدم .

م : نوع آخر

۷۱٦٤:- رجل قال لامرأته : كل شئ سألنى اللّٰه من أجلك بسبب المهر وغيره ترا فروختم بآن طلاق كه از تو است ! فقالت المرأة : اشتريت ! لا يقع الطلاق ؛ لأنه باع منها ماهو حقها فلا يصح ، كما لو قال لآخر : بعت منك خادمك هذا بعبدى . **وفي فتاوى أبي الليث :** ولو قالت : بعت منك مهرى ونفقة عدتى اشتريت ؟ فقال :اشتريت خير و رو ، فقامت و ذهبت، فالظاهر أنها لاتطلق ، هذا إذا لم ينو الزوج بقوله " خيرو رو" الطلاق ، **وفي الخانية :** والأحوط تجديد النكاح إن لم يكن طلقها ثنتين قبل ذلك .

۷۱٦٥ :- وفي الحجة : رجل قال لرجل "طلق امرأتى" فطلقها الرجل بمهرها و نفقة عدتها : إذا خالعها على مهر ها أو نفقة عدتها : قال الفقيه أبو جعفر: يجوز في المدخولة و غير المدخولة ، وقال الفقيه أبو الليث : لايجوز في كلتيهما وبه أخذ ، و قال أبو القاسم الصفار : في المدخولة لايجوز، وفي غير المدخولة يجوز ، وهو اختيار حسام الدين .

۷۱٦٦ :- م : إذا قال الرجل لامرأته "بعت منك ثلاث تطليقات بمهرك و نفقة عدتك" فقالت المرأة مجيبة له "بعت" ولم تقل "اشتريت" أو كان كلامهما

بالفارسية ، فقال الزوج : فروختم سه طلاق تو به كابين و نفقهٔ عدت تو ، فقالت : فروختم ، ولم تقل : خريدم ! قال الفقيه أبو بكر الإسكاف : بانت منه ، كأنها قالت "بعت مهری و نفقة عدتی بهذه التطليقة ، قال الفقيه أبو الليث : لايقع . وقول الفقيه أحب إلينا، **وفی الولوالجية :** وعليه الفتوی .

٧١٦٧ :- م : إذا قال لها "بعت منك تطليقة" فقالت "اشتريت" تقع تطليقة رجعية مجانا، **وفی العتابية :** هو الصحيح . **م :** ولو قال "بعت منك نفسك" فقالت "اشتريت" تقع تطليقة بائنة ، وإذا قالت "بعت منك مهری بتطليقة" فقال الزوج "اشتريت" تقع تطليقة بائنة ، **وفی النوازل :** ولو أن رجلا قال لامرأته "بعت منك" ولم يذكر مالا ، فقالت "اشتريت" قال أبو نصر : يقع الطلاق و ترد المهر ، و قال أبو القاسم : يقع الطلاق بغير شئ ، ويكون الطلاق بائنا .

٧١٦٨ :- م : امرأة قالت لزوجها : هيچ روز نيست كه خويشتن از تو نمی خرم ، فقال الزوج : من نيز می فروشم ، يصح الخلع ، وقد قيل : لايصح فی الوجهين ، وهو الأصح، قالت لزوجها : خويشتن خريدم از تو باندك درم و سه پارهٔ جامه ، فقال الزوج : فروختم بدانگ تا ده روز آن جامه ها بمن دهی ، ده روز گذشت نداد هل يصح الخلع ؟ فقد قيل : لايصح ، وقال نجم الدين : الخلع صحيح تام ، رجل قال لامرأته : مرا فروختی باين زر و سرای بآن طلاق كه تراسوی من است ؟ فقالت : فروختم ! فقال الزوج : خريدم ، طلقت ثلاثا ، قالوا : إنما تقع الثلاث إذا نوی الزوج والمرأة الثلاث .

٧١٦٩ :- قال لها : "بعت منك تطليقة بجميع مهرك و بجميع ما فی البيت غير ما عليك من القميص" فاشترت المرأة و كان عليها سوار و خلخال فالخلع واقع ، وما عليها من كسوتها و حليها ما استشنیٰ وما لم يستثن فهو لها .

٧١٧٠ :- إذا قال الرجل لامرأته "اخلعی نفسك منی بمهرك و نفقة عدتك" و لقنها بالعربية حتی قالت "اختلعت منك بالمهر و نفقة العدةوأبرأتك عن المهر و نفقة العدة" وهی لاتعلم بذلك ذكر **فی فتاوی أهل سمرقند :** إن قبل الزوج صح ، وإن لم يقبل لايصح ، **وفی الخانية :** لكن يبرأ الزوج عن المهر و نفقة مامضیٰ،

م : فـإذا قـالـت "اختلعت نفسى منك بالمهر و نفقة العدة" كان هذا ابتداء إيجاب مـنها فيصح وإن لم تعلم بذلك ، كمن طلق أو أعتق أو دبر وهو لايعلم معنى ذلك ، فـإذا صـح الإيجاب يتو قف علمه على قبول الزوج ، فإن قبل صح ، ويبرأ عن المهر والـنفقة فيما مضى بالإبراء ، صريحا ، وبعض مشايخنا على أنه لايصح الخلع ، ولا يبرأ الزوج عن المهر ـ **وفى الخانية :** والنفقة ، **م :** وإن قبل الزوج ، إذا لم تعلم المرأة ذلك ، وهو الصحيح ، **وفـى الصغرى :** وبـه يـفتىٰ ، وهذا يدل على أن المديون إذا لقن رب الدين أن يبرئه عن الدين بالعربية وأبرأه وهو لايعلم صح .

۷۱۷۱ :- م : رجـل قـال لامـرأتـه "بـعـت منك تطليقة بثلاثة آلاف درهـم" فـقـالـت "اشتـريت" ثم قال لها ثانيا "بعت منك تطليقة بثلاثة آلاف درهم" فقالت "اشتـريـت" ثـم قـال لهـا ثـالثا مثل ذلك ، فقالت "اشتريت" والزوج يقول : أردت بـذلك التـكـرار ، لايصدق و وقع ثلاث تطليقات ، ولا يجب عليها إلا ثلاثة آلاف لأن الأول وإن كـان بـائـنـا فـالثانى والثالث صريح ، ولـم يجب البدل بهما لانعدام شـرط وجـوب البـدل ، وهـو زوال الـمـلك بهـما لزواله بالطلاق الأول ، و صريح الـطـلاق إذا لـم يجب به المال ملحق بالبائن بلا خلاف ، ولو قال لها " بعت منك هـذا الثـوب بـمهـرك و نفقة عدتك" فقالت "اشتريت" ثم طلقها فبيع الثوب باطل لجهالة نفقة العدة و يقع الطلاق رجعيا ، **وفى الأصل :** إذا قالت "بعنى طلاقى كله بـألف درهـم" فـقـالـت "بـعـت" وقع ثلاث تطليقات، وله ألف درهم، سواء قبلت الـمـرأـة بـعد ذلك أو لم تقبل ، هو الصحيح ، ولو قالت "طلقنى ثلاثا بألف درهـم ، فقال : "طلقت" لايحتاج إلى قبول المرأة بعد ذلك ، كذاهنا .

نوع آخر : فى العوارض بعد وقوع الخلع

۷۱۷۲ :- ذكر **فى فتاوى أبى الليث:** أن من خلع امرأته على مال ، ثم زادت فـى بدل الخلع زيادة أن الزيادة باطلة . **وفى فتاوى النسفى :** سئل نجم الدين عمن خـلـع امرأته ثم قال لها فى العدة : دادمت سه ، ولـم يزد على هذا ، هل تطلق ثلاثا ؟

قال : إن نوى الطلقات الثلاث طلقت ثلاثا، وما لا فلا .

٧١٧٣ :- رجل خلع امرأته فقيل له بالفارسية : ديگر بده، فقال الزوج : دادم ، قال أبو بكر : تقع الثلاث ، و صار كأنه قيل : طلق الباقى ، و قال الفقيه أبو الليث : وعندى تقع التطليقة الأخرى لاغير ، **وفى الخانية :** هو الصحيح ، **وفى النوازل :** ولا يصدق الزوج أنه لم يرد طلاقها .

م : إذا باع من امرأته تطليقة بمهرها و نفقة عدتها ، واشترت هى كذلك ثم قال الزوج من ساعته : هر سه هر سه ، ينصرف إلى الطلاق ، إذا خالع امرأته بتطليقة واحدة فقال له رفقاؤه : لم فعلت هكذا ؟ فقال بالفارسية : دو سه باد ، لايقع بهذا الكلام شئ آخر ، **وفى فتاوى الفضلى :** إذا خالع امرأته فقيل له : كم نويت ؟ فقال :ما تشاء، فإن لم ينو الزوج شيئا تطلق واحدة ،**وفى فتاوى أهل سمرقند :** إذا قالت لزوجها : اخلعنى ! فقالت بالفارسية : سه خواهم ، فقال الزوج : سه باد ، ثم خالعها بعد ذلك بتطليقة تقع واحدة .

نوع آخر

٧١٧٤:- وفى تجنيس الناصرى : ولو اختلف الزوجان فى عدد الخلع، فقالت المرأة "كانت ثلاث مرات" و قال الزوج "بل كانت مرتين" فالقول قول الزوج إن كان بعد نكاح جرى بينهما ، وإن كان قبل النكاح لا يجوز المناكحة وإن رضيت ، وعن شيخ الإسلام على بن محمد الإسبيجابى أن القول قول الزوج فى الأحوال كلها .

م : نوع آخر

٧١٧٥:- ذكر ابن سماعة عن محمد فى امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر و رضاع ولده ـ الذى هى حامل منه تريد به إذا ولدته ـ سنتين فذلك جائز ، فإن ولدته فمات أو لم يكن فى بطنها ولد منه فانها ترد قيمة الرضاع ؛ قال بعد هذا : ولو جاءت بالولد فمات بعد سنة فعليها قيمة الرضاع سنة ، ولو شرطت أنها إن ولدته ثم مات قبل الحولين فهى بريئة من قيمة الرضاع فذلك جائز، وهذا مما يجوز فى الخلع .

٧١٧٦:- وفـی نـوادر ابن رستم عن محمد : إذا شـرطـت أنها إذا ماتت أو مـات الـولـد فـلا شئ عليها ، فهذا الشرط جائز ، قال بعد هذا : و كذلك لو قالت : على أن أحملك على دابتی هذه إلی مكة فإن بدا لك ان تخرج فلا حرج علی ، فهو جائز، **وفی الذخيرة : وفی الإملاء** رواية بشـر بن غياث : قال أبو يوسف : لو خالع امـرأته على رضا ع ولده سنتين على أنه إن مات الصبی فلا شئ عليها فالشرط باطل و عليها قيمة الرضا ع فی قول أبی حنيفة ، وقال أبو يوسف : الشرط جائز .

٧١٧٧ :- وفـی رواية بشـر بـن الـوليـد : امـرأة اختلعت من زوجها على أن تـرضع الولد إن كان فی بطنها ولد ، فإن ولدت جاز، وإن لم تلد فعليها رد مهر ها . **وفـی الفتاوی الخلاصة :** قـال أبـويـوسف : امـرأة اختلعت من زوجها على رضا ع الـولد ، ثم صالحت مع أب الولد على شئ يصح ، **م :** روی سليمان عن محمد عن أبی حنيفة فی امرأة تختلع من زوجها بنفقة ولد له منها ما عاشوا ، فان عليها أن ترد المهر الذی اخذت منه، و روی هشام عن محمد فيمن خالع امرأته على رضا ع ابنه ولم يسم لذلك وقتا، قال : هو جائز ، وهو على سنتين ، ولو خالعها على رضا ع ابنه سنتين و على نفقة ابنه هذا سنتين ـ يعنی بعد الفطام ـ قال : هو جائز ، قلت : أليس هـذا مجهولا ؟ قال : هذا يجوز فی الطلاق ؛ وعلى هذا إذا خالعها، على أن تمسك الـولـد سـنتيـن وعـلـی أن تـكسوه عن مالها فی هاتين السنتين ، فالخلع جائز بهذا الشـرط، وإن كـانـت الكسوة مجهولة لما ذكرنا، وإذا جاز الخلع بهذا الشرط و طـلبـت من الزوج كسوة الولد لم يكن لها ذلك ، وإن لم يشترط ذلك فی الخلع فـلها أن تطالبه بكسوة الولد، **وفی الذخيرة :** فی كتاب الطلاق للحسن بن زياد: امرأة حـامـل اختلعت من زوجها بصداقها و برضا ع ما فی بطنها سنتين و بنفقته عشـر سنين فولدت ولدا أو اكثر فهو برئ من نفقتهم ، ولو ولدت ميتا كان له أن يـر جـع بـأجرة الرضا ع سنتين و بنفقة عشر سنين التی وقع الخلع عليها ، **م :** ولو خالعها على مهرها وعلى أن ترضع الصبی فی الحولين كل شهر بدرهم جاز، وتؤ خذ المرأة على الرضا ع ، يعنی تجبر .

۷۱۷۸:- وفى النوازل : اختلعت من زوجها على مهرها و نفقة عدتها و على أن تمسك ولدها منه ست سنين بنفقتها ، فلما مضى عليها أيام ردت الولد على الزوج بقيمة نفقة الولد على أبيه : أجبرت هى على إمساك الولد، **وفى الخانية :** فلو أنها هربت و ولدت بنفسها حتى تمت المدة ثم ظهرت، رجع الزوج عليها بقيمة نفقة الولد فى المدة التى لم تمسك الولد ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولها أن تطالبه بالكسوة للصبى ؛ أما إذا اختلعت على إمساك الولد بنفقتها و كسو تها ليس لها أن تطالبه بالكسوة للصبى، سواء كان الولد رضيعا أو فطيما، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها بالدراهم حتى ترضع الولد يصح فى الرضيع ، ولا يصح فى الفطيم ـ يعنى لو استأجر امرأة ببدل لتمسك الولد الفطيم بنفقتها و كسوتهاـ ولو اختلعت على ان تمسك الولد إلى وقت البلوغ صح، فإن تزوجت الأم : للاب أن يأخذ الولد منها ، وإن اتفقا لايترك عندها و ينظر إلى آخر إمساك الولد فى تلك المدة ، فيرجع الزوج عليها بذلك ، وإنما يصح الخلع على إمساك الولد إذا بين المدة ، فإن لم يبين المدة لايصح سواء كان الولد رضيعا أو فطيما. **وفى المنتقى :** إن كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة و ترضع حولين .

۷۱۷۹:- وفى الخانية : رجل خلع امرأته و بينهما ولد صغير على أن يكون الولد عند الأب سنين معلومة ، صح الخلع و يبطل الشرط، لأن كون الولد الصغير عند الأم حق الولد ، فلا يبطل بإبطالهما . **م :** وإذا طلقها على أن تمسك ولده إلى وقت الإدراك ثم إنها أبت إمساك الولد اجبرت عليه ، وإن أبت فعليها أجر مثل إمساكه إلى وقت الإدراك ، و بعض مشايخنا قالوا : إذا وقع الخلع على إمساك الولد وهو رضيع إن بين المدة صح ، وإن لم يبين المدة لايصح ، وإنه يخالف رواية هشام عن محمد على ما ذكرنا، وكذلك قالوا : إذا وقع الخلع على إمساك الولد وهو فطيم بنفقتها لايجوز و إن بين المدة ، وإنه يخالف رواية هشام عن محمد ويخالف المذكور . **وفى مجموع النوازل :** وإن اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل، **وفى الصغرى :** إذا اختلعت على أن لاسكنى لها لايصح إما إذا اختلعت على أن مؤنة السكنى عليها بأن تكترى بيتا تعتد فيه يصح.

نوع آخر

٧١٨٠:- رجل خلع ابنته الصغيرة عن زوجها على مالها لم يجز ، ثم قول محمد في الكتاب " إذا خالعها على مالها لايجوز " محتمل : يحتمل أن لايصح الخلع أصلا ولا يقع الطلاق ، و يحتمل أن لايصح جعل مالها بدلا و يقع الطلاق ، وقد اختلف المشايخ فيه ، فقيل : عن أصحابنا فيه روايتان ، في رواية يقع الطلاق وبه أخذ بعض المشايخ ، **وفي الخلاصة الخانية :** وهو الصحيح ، **م :** و منهم من قال : لايقع الطلاق إلا إذا قبلت الصغيرة عند الخلع ؛ والأول أصح ، **وفي الينابيع :** فإن قبلت الابنة الخلع وهي من أهل القبول، وقع الطلاق بالإجماع ولا يسقط عنه شئ من مهرها ولا يلزمها المال، **وفي التفريد :** إن كان بعد الدخول ، فإن كان قبل الدخول يبقى النصف .

٧١٨١:- م : وإن خالعها على ألف درهم وهي صغيرة على أن الأب ضامن للألف ، فالخلع واقع والألف واجب على الأب ، **وفي الينابيع :** وكذا إن فعله أجنبي.

٧١٨٢:- وفي الذخيرة : إذا أراد الرجل أن يخلع ابنته من زوجها وهي صغيرة أو كبيرة ينبغي أن يخلعها بشئ من ماله و يضمن بدل الخلع فيجوز الخلع . وأما إذا خالعها على الصداق، فان كانت كبيرة وكان الخلع بإذنها جاز ذلك عليها، ولو كان بغير إذنها فان لم يضمن الأب الصداق لايجوز الخلع ولا يقع الطلاق ، إلا أن ترضى إذا بلغها فإن أجازت وقع الخلع و برئ الزوج من الصداق ، وإن لم تجز لا يقع الطلاق و يبقى الصداق في ذمة الزوج على حاله ، وأما إذا ضمن الأب الصداق للزوج أو كان مكان الأب أجنبيا فضمن الصداق للزوج فإنه يقع الطلاق ، و اعتبر هذا الخلع معاوضة فيما بين الزوج والمخالع طلاقا بغير بدل في حق المرأة ، فعبد ذلك إذا بلغها الخبر إن أجازت نفذ عليها و برئ الزوج من الصداق ، وإن لم تجز كان لها أن ترجع على الزوج بصداقها ثم الزوج يرجع على الأب بحكم الضمان ، و يصير تقدير هذا الخلع كأن المخالع قال للزوج "وإن بلغها الخبر فأجازت فالبدل عليها، وإن لم تجز فالبدل على" مايجب على المخالع من الضمان إنما يجب بحكم العقد لابحكم الكفالة ، **وفي الحاوي :** قال أبو بكر :

رجل قال "ابتعت بثلاث تطليقات بنتی الصغيرة بمهرها" وقال الزوج "بعت" قال : خلع الأب باطل وهی امرأة لزوجها ، والمهر باقی عليه ما لم يضمن الأب المهر .

٧١٨٣ :- م : ولو خالعها علی ألف درهم و قبل الأب فيه الخلع ولكن لم يضمن بدل الخلع ، لارواية فی هذا الفصل عن محمد ، و قد اختلف فيه المشايخ ، قال بعضهم : لايقع الطلاق مالم تقبل الصغيرة ، و قال بعضهم : يقع الطلاق بقبول الأب ، ولا يجب المال أصلا علی الأب لعدم الضمان علی الصغيرة، وإذا خالعها الزوج علی مهرها وهی صغيرة و قبل الأب و ضمن ذلك يتم الخلع و وقع الطلاق بقبول الأب ، و يجب بدل الخلع علی الأب كما لو كانت بالغة ، فإذا بلغت فبعد ذلك ينظر : إن لم يدخل بها الزوج كان لها علی الزوج نصف الصداق ثم يرجع الزوج علی الأب بذلك ، فإن دخل بها الزوج كان لها علی الزوج جميع الصداق ثم يرجع الزوج علی الأب بذلك ، قال شمس الأئمة السرخسی : و ترجع الابنة علی الأب بنصف الصداق فی الفصل الأول ، وبكل الصداق فی الفصل الثانی ، ولا ترجع علی الزوج ، قال أيضا : من مشايخنا من قال تأويل المسألة : إذا خالعها علی مال مثل صداقها ، أما إذا خالعها علی الصداق لايجوز الخلع أصلا ؛ قال : والأصح أن الخلع علی صداقها وعلی مال مثل صداقها سواء ، و كتبت فی كتاب الحيل : إذا و قع الخلع علی صداقها ولم يضمن المخالع الصداق للزوج لاشك أنه لايسقط صداقها بهذا الخلع ، وهل تقع البينونة ؟ ينظر : إن قبلت الصغيرة عقد الخلع و كانت من أهل ذلك بأن كانت تعقل العقد و تعبر يقع الطلاق بالا تفاق ، وإن لم تقبل الصغيرة عقد الخلع ينظر : إن كان العاقد أجنبيا لاتقع البينونة بالاتفاق، ولكن تكلموا هل يتوقف ذلك علی أجاز تها إذا بلغت ؟ قال بعضهم : لايتوقف : وقال بعضهم : يتوقف.

٧١٨٤:- وأما إذا كان العاقد أبا ولم يضمن الصداق للزوج هل يقع الطلاق؟ قد ذكر شيخ الأسلام خواهر زاده فی شرح كتاب الطلاق أن فيه اختلاف المشايخ ، و ذكر شمس الأئمة الحلوانی أن فيه روايتان ، علی رواية الشروط يقع الطلاق ولا يسقط صداقها ، و علی رواية الحيل لايقع الطلاق ؛ قال شمس الأئمة :

مـاذكـر فـى الشروط محمول على ما إذا ضمن الأب بدل الخلع : توفيقا بين رواية الشـروط و بين رواية كتاب الحيل ، **وفـى السغناقى :** وإن لـم تـقبل الصغيرة عقد الخلع ذكر شيخ الإسلام : اختلفوا فيه ، و ذكر أبو اليسر : والصحيح أنه يقع .

٧١٨٥:- وفى الذخيرة : وأمـا إذا اختـلعت الصغيرة من زوجها وهى تعقل الـعقـد و تـعبـر عـن نـفسها فإنها تبين بالا تفاق ، ولكن لايجب المال ولا يسقط صـداقهـا إن حـصل الخلع على الصداق بالإتفاق، وأما إذا كانت و كلت الصغيرة رجـلا بالخلع فخلعها الوكيل بصداقها إن ضمن الزوج ذلك تقع البينونة بالا تفاق، وإن لم يضمن ذلك فى كتاب الو كالة أنها تبين من زوجها ، و ذكر فى النوازل أنها لاتبيـن ، و قـال مـالك : إن الأب إذا خـالعها على صداقها و رأى أن الخلع خير لها بـأن عـلـم أن لا تـحسـن العشرة مع زوجها ، فإن الخلع يصح و الصداق يزول عن ملكها ، فإذا قضى بذلك قاض نفذ قضاؤه .

٧١٨٦:- وفى الخانية : ولا يتـوقف خلع الصغير على إجازة الأب . و خلع السكـران جائز . وإن كان الخلع بين الزوج وأم الصغيرة إن أضافت الأم البدل إلى مـلك نـقسها أو ضمنت يتم الخلع ، كما لوكان الخلع مع الأجنبى، وإن لم تضف ولـم تضمن فلا يقع الطلاق.

٧١٨٧:- م : ولو خلع ابنته الكبيرة على صداقها و ضمن الأب الصداق ينظر : إن أجـازت أن يـكـون صـداقهـا بـدل الـخلع عمل إجازتها ، وإن لم تجز كان لها أن تـرجـع بالصداق على الزوج ثم الزوج على الأب ، وإن لم يضمن الأب فالخلع يقف عـلـى قبولها فان قبلت يتم الخلع ، يعنى فى حق المال ـ و مالا فلا ، **وفى الولوالجية :** ولـو خـلعها الأب على نفقتها فالجواب كذلك ، لأن النفقة ملكها كالصداق، ولو فعل هذا غير الأب من الأ قارب أو من الأجانب ، فالجواب كذلك لأن النفقة ملكها.

٧١٨٨:- م : وكذلك الأمة إذا اختلعت من زوجها أو طلقها على جعل فإنه يـقـع الـطـلاق، ولا يـؤاخـذ بـالـجـعـل فى الحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق، وإن اختـلعت بإذن المولى يؤاخذ به فى الحال و تباع فيه ، إلا أن يفد يها المولى ، كما فـى سـائـر الـديـون . والأمة تـفـارق الـصـغيرة العاقلة إذا اختلعت من زوجها فإنها

لاتؤاخذ بدل الخلع بعد البلوغ ،كمالا تؤاخذ به فى الحال ؛ والمدبرة وأم الولد فى ذلك كالأمة إلا أنها لاتحتمل البيع فتؤدى البدل منكسبها إذا التزمت بإذن المولى ، ولامكاتبة لاتؤاخذ ببدل الخلع إلا بعد العتق سواء اختلعت بغير إذن المولى أو باذنه، وإذا اختلعت الأمة من زوجها بمهرها بغير إذن مولاها يقع الطلاق، ولكن لايسقط المهر.

نوع آخر

٧١٨٩:- يتنى على أصل : أن خطاب الخلع متى جرى بين الزوج و بين المرأة كان القبول إلى المرأة سواء كان البدل مرسلا أو مضافا إلى المرأة أو إلى الأجنبى أضافة ملك أو إضافة ضمان ، وأما إذا جرى خطاب الخلع بين الأجنبى و بين الزوج ، فإن كان البدل مرسلا ، فالقبول إلى المرأة ـ وصورته : أن يقول أجنبى للزوج "اخلع امرأتك فلانة على ألف درهم" فالقبول إلى المرأة ؛ لأن الأجنبى يجوز أن يكون هو العاقد بأن أراد بقوله بألف : بألف على، والمرأة يجوز أن تكون هى العاقدة بأن أراد بقوله بألف : بألف على المرأة ، و كان جعل المرأة عاقدة والمنفعة تحصل لها أولى .

٧١٩٠:- وإن كان البدل مضافا إلى الأجنبى إضافة ملك أو إضافة ضمان لايشترط قبول المرأة ولا تجعل المرأة عاقدة ـ وصورته : أن يقول أجنبى للزوج "خالع امرأتك على ألف درهم على أنى ضامن" أو يقول "خالع امرأتك على ألفى، أو : على ألف من مالى" و هذا لأنا لو جعلنا المرأة عاقدة يحتاج إلى إثبات عقد جديد من جهة المرأة و العقد لم يوجد منها حقيقة ، ولو جعلنا الأجنبى عاقدا لايحتاج إلى إثبات عقد جديد فجعلنا الأجنبى عاقدا ، و صار تقدير هذا الخلع كأن الأجنبى قال للزوج "خالع امرأتك بألف" يجب على الأجنبى لاعلى المرأة ، ولو صرح بهذا لا يشترط قبول المرأة ؛ لأن القبول إنما يشترط ممن عليه البدل لا ممن يقع عليه الطلاق ، لأن القبول إنما يشترط لو جوب البدل لا لو قوع الطلاق.

٧١٩١:- بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكر محمد فى نكاح الجامع : رجل قال لغيره "اخلع امرأتك على هذا العبد ، أو : على هذه الدار، أو : على هذه الألف" ، فالقبول إلى المرأة، **وفى الفتاوى الخلاصة :** لا إلى الأجنبى ، **م :** لأن

خطاب الخلع وإن جرى بين الأجنبى و بين الزوج و لكن البدل مرسل ، وفى مثل هذه الصورة العاقد المرأة ، ثم إذا قبلت المرأة الخلع كان عليها أن تسلم إلى الزوج ماسمى فى عقد الخلع إن قدرت على تسليمه لأنها هى العاقد ، وإن عجزت عن تسليم ذلك بالا ستحقاق أو بسبب آخر، فعليها تسليم المثل فى المثلى و تسليم القيمة فى غير المثلى، ولو كان قال للزوج "خالع امرأتك على عبدى هذا ، أو : على دارى هذه، أو : على ألفى هذا"، ففعل فالخلع واقع ولا يحتاج إلى قبول المرأة، ثم إذا وقع الخلع وجب على الأجنبى تسليم ما سمى فى الخلع لالتزامه ذلك .

٧١٩٢:- ولو قالت المرأة لزوجها "اخلعنى على عبد فلان ، أو قالت : على دار فلان ، ففعل تم الخلع ، ولا يحتاج فى هذا إلى قبول صاحب العبد والدار لأن العاقد فى هذه الصورة المرأة ، لأن الخطاب جرى منها ، ولم يشترط فى الكتاب قبول المرأة لتمام الخلع ، و كذلك لم يشترط قبول المرأة فى هذه الصورة ، **م : وفى نوادر ابن سماعة :** شرط قبول المرأة ، قال : و على المرأة تسليم الدار و العبد إن أجاز ذلك صاحب الدار و العبد ، وإن لم يجز فعليها تسليم القيمة ـ هذا إذا ابتدأت المرأة بالخطاب ، فأما إذا ابتدأ الزوج بالخطاب بأن قال لها "طلقتك على عبد فلان ، أو قال : خلعتك على عبد فلان ، كان القبول إلى المرأة لأنها هى العاقدة ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولو لم تقبل هى وقبل فلان لم يصح ، ولو أن الزوج خاطب صاحب العبد ، **وفى الذخيرة :** والمرأة حاضرة، فقال له "يا فلان قد خلعت امرأتى بعبدك هذا ، فالقبول إلى صاحب العبد ، إن قبل هو تم الخلع وما لا فلا، **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولا حاجة إلى قبول المرأة .

٧١٩٣:- م : ولو أن أجنبيا قال للزوج "خالع امرأتك على عبدى فلان هذا"، فالقبول إلى صاحب العبد، و كذلك لو قال الأجنبى للزوج : خالع امرأتك على ألف على أن فلانا ضامن لها"، فالقبول إلى فلان لما ذكرنا، ولو قالت المرأة لزوجها "خالعنى على ألف درهم على أن فلانا ضامن لها" ففعل تم الخلع ولا يلتفت إلى قبول الضمين ، فبعد ذلك ينظر : إن قبل فلان المال كان للزوج الخيار : إن شاء أخذ المرأة بذلك بحكم الإصالة وإن شاء أخذ الضمين بحكم الكفالة ،

وإن لم يقبل الضمين ذلك لاشئ عليه ولا يبطل الخلع .

٧١٩٤:- وفى الذخيرة : ثـم الأصـل فيما بعد هذا أن جواب إيجاب الخلع إنـمـا يـصـح مـمـن يتـنا وله خطاب الإيجاب ، وإن تعذر اعتبار الخطاب بأن كان الـزوج لـم يـخـاطـب أحدا ويعتبر الجواب ممن يلزمه حكم الخطاب ، فان استوى اثنان فى لزوم حكم الخطاب، يعتبر الجواب ممن كان الحكم أكثر اتصالا به، بيانه فيـمـن قـال لامـرأتـه " أنت طالق بصداقك الذى لك على" فقالت" لا أقبل" و قال أبـوهـا"قبـلت و ضمنت الصداق" لايقع الطلاق ؛ لأن الزوج خاطبها ولم يخاطب الأب ، وكـذلك إذا قال لرجل "امرأتى طالق على عبدك هذا" فإن قبل لزمه الطلاق و كـان لـه الـعبـد ، ولـو قبـلـت الـمرأة ولم يقبل صاحب العبد لايقع الطلاق ؛ لأن الـخـطـاب يتـنـاول الأجـنبى دون المرأة ، ولو قال "امرأتى طالق على ألف درهم" فـقبـلـت المرأة يقع الطلاق، ولو قبل الأجنبى لايقع ؛ لأن الخطاب لم يوجد فيعتبر الـحكم ، والحكم إنما يتصل بالمرأة ؛ لأنه يحصل لها الخلاص عن حبالة الزوج ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولـو أن رجلا قال للزوج "اخلعها على هذا العبد" فقال "قد خلعتها " فإذا العبد لرجل آخر ، فالقبول إلى المرأة لا إلى فلان صاحب العبد ولا إلى مخاطب .

م : نوع آخر

٧١٩٥:- قال **فـى الجامع :** إمرأة و كـلـت رجـلا بأن يخلعها من زوجها بـألف درهـم ، فـفعل الوكيل فهذا على و جهين : إما أن أرسل الوكيل البدل بأن قـال "خـالع امرأتك على ألف درهم، أو قال " على هذه الألف" أو أضاف البدل إلـى نـفسـه إضـافة ملك أو إضاقة ضمان بأن قال "خالع امرأتك على ألف درهم مـن مـالـى" أو قال" على ألف على أنى ضامن" ، ففى الوجهين يتم الخلع بقبول الوكيل، **وفى الذخيرة :** و يـنبغى أن يتم الخلع بقول الزوج "فعلت" ولا يحتاج إلى قبول أحد. **م :** فبـعـد ذلك ينظر ، إن كان البدل مرسلا فالبدل عليها وهى المطالبة بـه، وإن كـان البـدل مـضافا إلى الوكيل إضافة ملك أو إضافة ضمان، فالوكيل هو

المطالب بالبدل دون المرأة ، ويرجع الوكيل بما أدى على المرأة ، **وفى السراجية :** الوكيل بالخلع لايملك قبض المال، و فيها : الوكيل بالخلع على عبد مطلق لو خالع على عبد وسط جاز ،**م :** وإذا وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها فخلعها على عرض له ـ يعنى للوكيل ـ و هلك العرض فى يد الوكيل قبل التسليم إلى الزوج فإن الوكيل يضمن قيمة ذلك للزوج ، قال **فى الزيادات :** إذا وكلت المرأة رجلا بالخلع، ثم رجعت من غير علم الوكيل لايعمل رجوعها.

٧١٩٦:- وفى الذخيرة : امرأة قالت لأجنبى : چون شوى من پنج دينار بتو دهد تو مرا بيك طلاق پاى كشاده كن ، چون شوى پنج دينار باجنبى داد اجنبى باشوى زن خلع كرد بر كابين و نفقهٔ عدت ، كابين و نفقهٔ عدت ساقط شود يانى؟ جواب آنست كه : شود ، **وفيها :** امرأة قالت لزوجها : خويشتن خريدم از تو بعدت و كابين ! فقال الزوج لرجل آخر : قل فروختم ! فقال ذلك الرجل : فروختم ! تم الخلع بينهما ، سواء أخرج الزوج الكلام مخرج الوكالة أو مخرج الرسالة .

٧١٩٧:- ولو رجعت المرأة بعد تبليغ الرسالة قبل قبول الزوج ، صح رجوعها وإن لم يعلم الزوج ، **وفى الكافى :** و صورته : أن تقول المرأة لرجل "قل لزوجى إنى اختلعت نفسى منك بكذا" ثم عزلته قبل أداء الرسالة حتى قبل الزوج لايصح ، وإن وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها، أو وكلت زوجها بذلك فعزلت قبل الخلع لا يصح العزل بلا علم الوكيل ، بخلاف الرسول حيث يصح عزله بلا علم ،**م :** و كذلك هذا هذا الجواب فى البيح والعتق والنكاح والإجارة إذا رجع المرسل قبل قبول المرسل إليه صح رجوعه وإن لم يعلم الرسول به ، وإذا قالت لزوجها "اخلعنى على ألف درهم" ثم رجعت من غير علم الزوج لايصح رجوعها .

٧١٩٨:- وفى النوازل : سئل أبو القاسم عن رجل قالت له امرأته "طلقنى" فقال "جعلت أمر ثلاث تطليقات بيدك إن أبرأتنى من مهرك" فقالت "وكلنى حتى أطلق نفسى" فقال لها "أنت وكيلى لتطلقى نفسك" ؟ قال : خرج الأمر من يدها بالقيام و لم يحدث لها أمر جديد ، قال الفقيه : فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس بعد ما أبرأته من المهر يقع الطلاق عليها ، وإن لم تبرئه لم يقع ؛ لأن التوكيل على شرط أن تبرئه.

وفى الغياثية : ولو وكل رجلا بالخلع على كذا، فقال الوكيل: "خلعت فلانة من زوجها على كذا" جاز وإن لم يكن هو بحضرتها، و ذكر بعد هذا أنه لايجوز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين و هذه المسألة دليل على أنه يجوز ، قال الحاكم أبو الفضل : هو الموافق لرواية الأصل وهو الصحيح ،**م :** أمر رجلا أن يخلع امرأته فليس للمأمور أن يخلعها إلا بمال ، رواه بشر عن أبى يوسف ، و روى ابن سماعة عن محمد أنه لو خالعها بغير مال كان طلاقا بائنا بلا مال ، **وفى الولو الجية :** وإذا وكل رجل رجلا بأن يخلع امرأته ، فقام من مجلسه قبل أن يخلعها فهو على وكالته، لأن الوكالة لاتتقيد بالمجلس .

٧١٩٩:- م : وكل رجلين بالخلع بألف درهم، فخالعها أحدهما بألف درهم فأجاز الأخر ذلك لم يجز ، وإن قال أحدهما : قد خلعتها؟ فقال الآخر : خلعتها ، فهو جائز ، هشام عن محمد : إذا وكل الرجل رجلا أن يخلع امرأته إن تركت مهرها فتركت مهرها فقال الوكيل: "طلقتك ثلاثا" لايقع شيء فى قياس قول أبى حنيفة ، و نحن نرى أنه تقع واحدة بجميع المهر ، **وفى الحاوى :** قال رجل لامرأة : تريدين أن أخلعك من زوجك ؟ قالت : نعم ! فذهبت و خلعها من زوجها بمهرها و نفقة عدتها فلما بلغها لم ترض بذلك ، قال : إن قالت : لم أرد بهذا النوع من التخليص، فالقول لها مع يمينها.

٧٢٠٠:- م : وفى الأصل : إذا قال لغيره "اخلع امرأتى فإن أبت فطلقها" فأبت المرأة الخلع فطلقها الوكيل فقالت المرأة "أنا أختلع " فخالعها، جاز إن كان الطلاق رجعيا، **وفى فتاوى أبى الليث :** رسول المرأة إلى الزوج إذا قال له "طلقها أو أمسكها كما أمسك الرجل النساء" فقال الزوج "لا أمسكها ولكن أطلقها" فقال الرسول"أبرأتك عن جميع ما لها عليك " فطلقها الزوج ثم إن المرأة أنكرت بأن تكون أمرت رسولها بالإبراء والرسول يدعى، فإن ادعى الزوج توكيلها للرسول بذلك، فالطلاق واقع وهى على حقها ، فإن لم يدع الزوج توكيلها للرسول بذلك فهو على قسمين : إن كان الرسول قال للزوج "أبرأتك عن حقها

عليك على أن تطلقها" فطلقها فالطلاق غير واقع وهى على حقها، وإن لم يكن قال الرسول "على أن تطلقها" فالطلاق واقع على حقها.

٧٢٠١:- ولو أن قوما جاء وا إلى رجل و زعموا أن امرأته و كلتهم باختلاعها منه فخالعها على ألف درهم فأنكرت التوكيل : إن ضمنوا بدل الخلع للزوج فالطلاق واقع ، **وفى الولوالجية :** و عليهم البدل ، وإن لم يضمنوا فهذا على وجهين: إما أن يدعى الزوج أنها وكلتهم أو لم يدع ـ إلى آخر ما ذكرنا فى المسألة الأولى ، **وفى واقعات الناطفى :** ففى الوجه الأول لم يقع الطلاق ، وفى الوجه الثانى يقع ولا يجب المال . **م :** هذا إذا خالع الزوج معهم ، أما إذا باع منهم تطليقة بألف درهم قال أبو القاسم الصفار : يقع الطلاق وجد الضمان أو لم يوجد، وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف : هذا والأول سواء، و عليه الفتوى .

٧٢٠٢:- وإذا وكل الرجل رجلا بطلاق امرأته فطلقها بمهرها و نفقة عدتها و خالعها على ذلك فقال الفقيه أبو جعفر : يجوز ذلك كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها ، و قال الفقيه أبو بكر الإسكاف مرة : لايجوز ولا يقع الطلاق، من غير تفصيل بين المدخول بها و غير المدخول بها ، وبه كان يفتى الشيخ ظهير الدين المرغينانى وهو اختيار الفقيه أبى الليث ، و قال الفقيه أبو بكر الإسكاف مرة أخرى : إن كانت المرأة مدخولا بها : يجوز و هكذا حكى عن الفقيه أبى القاسم الصفار وهو اختيار صدر الشهيد فى واقعاته ، **وفى الخانية :** هو المختار .

٧٢٠٣:- م : وفى فتاوى أبى الليث : رجل قال "طلق امرأتى على أن لاتخرج من البيت شيئا " ففعل ثم ختلفا فقال الزوج: أخرجت ، وقالت المرأة لم أخرج ، فالقول قول الزوج ، وقال الصدر الشهيد فى و اقعاته : وفي المسألة نوع إبهام ؛ لأنه إن أراد بقوله طلق امرأتى على شرط أن لا تخرج من البيت شيئاً علق طلاقها بشرط أن تخرج من البيت ولا تخرج من البيت شيئا فهذا صحيح ، وإن أراد بقوله طلقها على شرط أن لا تخرج من البيت شيئاً، قل لها أنت طالق على أن لاتخرجى من البيت شيئا ، فهذا الجواب غير صحيح . و كذلك إذا قال لها "انت طالق على دخولك الدار" يقع الطلاق إذا قبلت دخلت أو لم تدخل ، قال محمد **فى الأصل :** إذا وكلت المرأة صبيا أو معتو ها أن يخالعها من زوجها كان التوكيل

صحيحا ، والصبى والمعتوه فى هذا كالبالغ .

م : نوع آخر : فى الاختلاف الواقع بين الزوج والمرأة فى صحة الخلع و فساده وفى الشهادة فى ذلك

٧٢٠٤:- إذا خلع امرأته بالفارسية : خريدم و فروختم ، و قال : كان فى ضميرى أنى بعت رأس الشاة ، أو قال : قلت فروختم ، من الإنقاد، أو قال : قلت فروختم بالفاء ، فقد قيل : القول فى ذلك قوله مع اليمين ، إلا إذا كان قبض بدل الخلع فحينئذ لايقبل قوله ؛لأن الظاهر يكذبه، وقد قيل: لايقبل قوله قضاء وإن كان لم يقبض بدل الخلع ـ وعلى هذا إذا قال : كان فى ضميرى أنى بعت بند قبائى ، لايقبل قوله أيضا عند بعض المشايخ و عليه الفتوى، ولو أشار الزوج عند قوله "فروختم" إلى رأس الشاة أو إلى بندقبائه فعلى قول هولاء هذا ليس بشئ ، والخلع صحيح إلا إذا صرح فقال : بند قبا فروختم ، فحينئذ لايصح الخلع ، ولو أقام الزوج بينة أنه قال : فروختم ، من الإنقاد، قبلت بينته ، ولو أقامت المرأة البينة بالمعارضة أنه باعها نفسها أو أنه باعها ، فبينتها أولى ؛ هكذا قيل وفيه نظر عندى ، وينبغى أن تكون بينة الزوج أولى .

٧٢٠٥:- وفى فتاوى النسفى : ولو أشهد الزوج شاهدين عدلين " أن امرأتى إذا قالت : من خويشتن خريدم ، أقول لها : فروختم بالفاء" ثم اجتمعوا عند القاضى لأجل الخلع ، واختلعا ، فقال الزوج بعد ذلك : قد قلت: فروختم بالفاء ! وشهد شاهداه على ذلك ، فإن كان القاضى قد سمع أنه قال "فروختم" بالخاء، يقضى بصحة الخلع ، ولا يلتفت إلى شهادة شهوده ، فأما إذا لم يسمع القاضى ذلك ، وقال : لم أتيقن أنه قال بالخاء أو بالفاء ، و شهد شاهداه أنه تكلم بالفاء، قبل شهادتهما وقضى ببطلان الخلع ، ولو شهد شاهداه أنه قال بالفاء ، وشهد بعض أهل المجلس أنه قال بالخاء قضى بصحة الخلع بشهادة من شهد بالخاء ، وإذا وقع الخلع على بدل مسمى، ودفعت المرأة إليه مقدار المسمى وقالت "إنه بدل الخلع" و قال الزوج "قبضت بجهة كذا غير جهة الخلع" فقد قيل : القول قول الزوج ، وبه كان يفتى ظهير الدين المرغينانى ، وقيل : إن القول للمرأة .

٧٢٠٦:- إذا اختلف الزوج والمرأة، فقال أحدهما "اختلعنا بألف درهم" وأقام على ذلك بينة ، فشهد أحد شاهديه أنهما اختلعا بألف ، وشهد الآخر أنهما اختلعا بخمسمائة ، والزوج يجحد ذلك : فإن كان يدعى الخلع الزوج فالجواب فيه كالجواب فى دعوى مجرد المال بلا سبب ، ولو وقع الدعوى على الألف المجرد فشهد أحد الشاهدين بالألف ، والآخر بخمسمائة ، فعلى قول أبى حنيفة لاتقبل الشهادة أصلا ، وعلى قولهما تقبل الشهادة على خمسمائة ، كذا هاهنا ، وإن كان يدعى الخلع المرأة لاتقبل هذه الشهادة بلا خلاف .

نوع آخر فى الخلع الواقع فى المرض

٧٢٠٧:- قال محمد **فى الأصل :** إذا اختلعت المرأة من زوجها فى مرضها بالمهر الذى كان تزوجها عليه ، فهذا على وجهين : إما إن كان الزوج قربيا منها بأن كان ابن عم لها، أو كان أجنبيا عنها ، فإن كان أجنبيا فهو على وجهين : إما أن كانت المرأة مدخولا بها ، أو غير مدخول بها ، و متى كانت مدخولا بها إما إن ماتت هى فى العدة ، أو ماتت بعد انقضاء العدة ، فإن كانت مدخولا بها و ماتت بعد انقضاء العدة فإنه ينظر إلى المسمى فى بدل الخلع وإلى ثلث مالها ، فإن كان المسمى مثل ثلث مالها فليس للزوج الزيادة على الثلث إلا برضائها فى الورثة ، وهذا إذا كان لها مال آخر سوى المهر يخرج المسمى من الثلث ، وإن لم يكن لها مال آخر سوى المهر الذى تزوجها عليه يعتبر الثلث من المهر : وإن ماتت قبل انقضاء العدة فإنه ينظر إلى المسمى فى بدل الخلع وإلى قدر ميراثه منها، فإن كان المسمى مثل ميراثه منها أو أقل سلم للزوج ذلك ، وإن كان الخلع بمنزلة التبرع، والمريض محجور عن التبرع مع الوارث ، وإن كان المسمى أكثر من ميراثه فإنه لاتسلم له الزيادة على ميراثه إلا بإجازة بقية الورثة ، وإن كان ذلك أكثر من حقه فى الميراث و قبل انقضاء العدة لاينظر إلى الثلث وإنما ينظر إلى قدر حقه فى الميراث فيسلم للزوج قدر حقه فى الميراث من بدل الخلع ، ولا يسلم له قدر ثلث مالها إذا كان ثلث مالها أكثر من حقه فى الميراث، وإن كانت المرأة غير مدخول بها ، وقد اختلعت من زوجها بمهرها، فإن النصف يعود إلى الزوج بحكم الطلاق قبل الدخول لابحكم التبرع، ألا ترى ! أنه لوطلقها قبل الدخول بها ، ولم يختلع

منها، عاد إلى الزوج ذلك ، فلا يعتبر ذلك النصف واصلا إلى الزوج من جهة المرأة حتى يكون تبرعا من جهتها ، فأما نصف الآخر وصل إليه من جهة المرأة فتعتبر متبرعة في ذلك ، وقد حصل التبرع على الأجنبي ، وإن لم يكن لها مال سوى المهر يسلم للزوج ثلث ذلك النصف ، وإن كان الزوج ابن عم لها، والمرأة مدخول بها، فإن كان لايرث منها بحق القرابة بأن كان لها عصبة أخرى أقرب منه، فهذا وما لو كان الزوج أجنبيا سواء ، وإن كان يرث منها بحق القرابة وقد ماتت بعد انقضاء العدة فإنه ينظر إلى بدل الخلع وإلى قدر ميراثه منها بحق القرابة ، فإن كان بدل الخلع قدر ميراثه منها أو أقل يسلم للزوج ذلك ، وإن كان أكثر والزيادة على قدر ميراثه منها لا يسلم له إلا بإجازة باقي الورثة، وإن كانت المرأة غير مدخول بها فإن نصف المهر يسلم للزوج بالطلاق قبل الدخول ، فلم تعتبر المرأة متبرعة في ذلك النصف وإنما تعتبر متبرعة في النصف الآخر ، وقد صارت متبرعة على الوارث فينظر إلى ذلك النصف وإلى قدر ميراثه منها فيسلم للزوج الأقل منها ، هذا إذا ماتت من مرضها . وإن برئت منه يسلم للزوج جميع ماسمت له ، بمنزلة ما لو وهبت له شيئا ثم برئت [من] مرضها .

٧٢٠٨:- ولو اختلعت من زوجها وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل ذلك أو كثر ، **وفي الذخيرة :** ولا ميراث بينهما سواء ماتت بعد انقضاء العدة أو قبل انقضاء العدة لوجود الرضا من كل واحد منهما ببطلان حقه، **م :** وإن تبرع أجنبي باختلاعها من الزوج بمال ضمنه الزوج، وكان ذلك من الأجنبي في مرض موت الأجنبي، فالخلع جائز والطلاق واقع ، فيعتبر بدل الخلع من ثلث مال الأجنبي ، وإن كان الزوج مريضا حين تبرع الأجنبي باختلاعها فلها الميراث إن مات الزوج من مرضه ذلك وهي في العدة .

٧٢٠٨:- أخرج ابن أبي شيبة عن الحارث العكلي أنه قال : إذا اختلعت المرأة من زوجها وهو مريض ، ثم مات في العدة ، فلاميراث لها . مصنف ابن أبي شيبه ، كتاب الطلاق . باب ماقالوا فيه : إذا اختلعت من زوجها وهو مريض الخ ١٠/٥٨ برقم : ١٨٨٥٩ .

الفصل السابع عشر فی الأيمان بالطلاق

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع فی بيان معرفة اليمين بغير الله و بيان شرائط صحتها

٧٢٠٩:- يجب أن يعلم بأن اليمين بغير الله ذكر شرط و جزاء يحلف به عادة ، وإذا كان الجزاء مما لا يحلف به لم يكن هذا التعليق يمينا ، و تعليق الجزاء بالشرط على الحقيقة ، ألا ترى أنه لو علق بشرط الإذن ، أو الوكالة ، أو ما أشبه ذلك ، لا يكون يمينا على الحقيقة ، والشرط يصح فی الملك و غير الملك ، والجزاء لايصح إلا فی الملك أو أثره أو مضاف إلى الملك أو إلى سببه .

٧٢١٠:- وفی السغناقی : فإذا لم يكن للطلاق مالكا فی الحال ولا فی الوقت المضاف إليه لايقع شیء ، وكذلك لو قال للاجنبية "أنت طالق غدا" ثم تزوجها اليوم لايقع عليها شیء إذا جاء غد، **م :** ثم الشرط إن كان متأخرا عن الجزاء فالتعليق صحيح وإن لم يذكر حرف الفاء إذا لم يتخل بين الجزاء، و بين الشرط سكوت ، ألا ترى أن من قال لامراته : " أنت طالق إن دخلت الدار" أو قال لعبده : " أنت حر إن دخلت الدار " يتعلق الطلاق والعتاق بالدخول ، وإن لم يذكر حرف الفاء لما لم يتخل بينهما سكوت .

٧٢١١:- وإن كان الشرط مقدما على الجزاء ، فان كان الجزاء اسما ، فانما يتعلق بالشرط إذا ذكر الجزاء بحرف الفاء ، حتى أن من قال لامرأته :" إن دخلت الدار فأنت طالق" يقع الطلاق بالدخول، ولو قال " إن دخلت الدار أنت طالق" يقع الطلاق للحال إلا إذا قال : عنيت به التعليق ، فحينئذ يدين فيما بينه و بين اللّٰه تعالىٰ ولا يدين فی القضاء .

٧٢١٢:- فإذا كان الجزاء فعلا مستقبلا ، أو فعلا ماضيا ، فالجزاء يتعلق بالشرط بدون حرف الفاء ، ويبتنى على هذا الأصل ما إذا قال لها " إن دخلت الدار أنت طالق" فانها تطلق للحال ؛ لأن الشرط سابق والجزاء اسم ، فلا يتعلق بدون

حرف الفاء ، وإن قال : عنيت تعليق الطلاق ! لايدين أصلا ، و بعض مشايخنا قالوا: يسئل الزوج كيف نويت التعليق ؟ إن قال : باضمار حرف الفاء ! لاتصح نيته أصلا ، وإن قال : بالتقديم والتأخير ! تصح نيته فيما بينه وبين اللّٰه تعالیٰ ، ولا يصح فی القضاء ، وكذلك إذا قال " فان دخلت الدار فأنت طالق " تطلق للحال ، وإن عنی التعليق ، دين فيما بينه وبين الله تعالیٰ .

٧٢١٣:- وكذلك إذا قال لها " أنت طالق وإن دخلت الدار" فانها تطلق للحال ؛ لأن الواو فی مثل هذا للتحقيق ، ومعنی كلام الزوج : أنت طالق علی كل حال ! وإن عنی التعليق لايدين أصلا فی القضاء ، ولا فيما بينه وبين اللّٰه تعالیٰ . ولم يذكر محمد ما إذا نوی به بيان الحال و معناه : أنت طالق فی حال دخولك الدار ! و حكی عن أبی الحسن الكرخی أنه قال : يجب أن تصح نيته .

٧٢١٤:- ولو قال لها " أنت طالق إن " ولم يذكر بعده فعلا ، لم يذكر محمد هذه المسألة فی الكتب الظاهرة ، **وفی نوادره :** المسألة المذكورة علی الخلاف : علی قول محمد يقع الطلاق ، و علی قول أبی يوسف لايقع أصلا . **وفی واقعات الناطفی :** وكذلك لو قال " أنت طالق ثلاثا إلا " وكذا إذا قال " إن لم يكن" لم يبق إيقاعا. ولو قال لها " أنت طالق ثم إن دخلت الدار" فإنه يقع الطلاق عليها، ولو نوی التعليق لاتصح نيته أصلا ، وأما إذا نوی المقارنة بأن نوی وقوع الطلاق مقارنا لدخول الدار ، لم يذكر محمد هذه المسألة فی شئ من الكتب ، وكان القاضی أبو الهيثم يحكی عن القضاة الثلاثة أنه تصح نيته فيما بينه وبين ربه، وعامة مشايخنا علی أنه لاتصح نيته.

٧٢١٥:- وفی الكافی : و زوال الملك بعد اليمين ـ بأن طلقها واحدة أو ثنتين ـ لا يبطلها، وإن وجد الشرط فی الملك انحلت اليمين ، بأن قال لامرأته : "إن دخلت الدار فأنت طالق" فدخلت امرأته وقع الطلاق لوجود الشرط ، وقبول المحل للجزاء ولم يبق اليمين ، وإن وجد فی غير الملك ، انحلت اليمين بأن قال لامرأته : " إن دخلت الدار فأنت طالق" فطلقها قبل الشرط ومضت العدة ثم

دخلت الدار ، تنحل اليمين لوجود الشرط ، ولم يقع شئ لبطلان محله ، ولو قال لها " إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا " ثم طلقها ثلاثا ، ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم يقع شئ ، وقال زفر : تقع الثلاث .

م: نوع آخر فی بیان حروف الشرط

٧٢١٦:- يجب أن يعلم أن حروف الشرط : " إن " و" إذا " و" إذا ما " و "متى" و "متى ما" و "من" "وما" و"كل" و "كلما" ـ هذا هو المذكور فی كتب عامة المشايخ ، و ذكر القدوری أن شروط الأيمان ستة : إن . وإذا ، وإذاما، و متى، ومتى ما، وكلما. قال فی الأصل : كلمة "إن" فهی شرط محض وما سواها ففيها معنى الوقت . قال : وهذه الحروف تتعلق بالأ فعال المستقبلة دون الماضی ، وتختص بالأفعال دون الأسماء . ولهذا قيل : إن كلمة "كل" ليست بشرط على الحقيقة لأن الذی يليه اسم لكن جعل بمعنى الشرط إذا وصف الاسم بفعل ، كقوله "كل امرأة أتزوجها ، وكل عبد أشتريه" ، قال : ويستوی أن دخل على فعله أو فعل غيره .

٧٢١٧:- وأما لفظة "كه" بأن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا كه اين كارنمی كند ، فإن لم يتعارفوا التعليق بقوله كه يقع للحال لأنه تحقيق ، وإن تعارفوا التعليق لاتطلق مالم يوجد الشرط، وإن تعارفوا التعليق بهذا وصريح الشرط ذكر الفضلی **فی فتاواه:** أنه يقع الطلاق للحال . و بعض مشايخنا قالوا : لايقع ، وهو الأصح فقد روى ابن سماعة عن أبی يوسف أنه قال إذا قال لامرأته "أنت طالق كدخلت الدار" فإن لم تكن دخلت الدار تطلق ، وإن كان دخلت الدار لا تطلق ، وهذا وما لو قال : أنت طالق إن لم تكن دخلت الدار " سواء ، و قد اعتبر قوله " إن دخلت الدار "شرطا ولفظة (كه) ترجمة قوله لدخلت الدار.

٧٦١٨:- وفی الخانية : رجل قال لامرأته "أنت طالق أن دخلت الدار، فهو كقوله ، أنت طالق إن كنت دخلت الدار ، ؛ ولو قال "أنت طالق دخلت الدار" طلقت للحال ؛ لأنه لم يوجب منه ما يكون تعليقا ، رجل قال لامرأته : " ادخلی

الدار وأنت طالق" ، فدخلت الدار طلقت ، وكذلك لوقال لعبده ؛ لأن جواب الأمر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ، ولهذا لو قال لعبده ، أدّ إليّ ألفا وأنت حر ، كان تعليقا باداء الألف .

نوع آخر

٧٢١٩:- إذا علق طلاق امرأته بفعلها أن جعل التعليق بكلمة "إن" و "إذا" و"إذاما" طلقت واحدة ، بفعلها . إن حصل التعليق بكلمة إن وإذا و إذا ما ومتى و متى ما ، فهذا على مرة واحدة ، حتى لو فعلت ذلك الفعل مرة واحدة وقع الطلاق . ولو فعلت ذلك مرة أخرى لايقع الطلاق .

٧٢٢٠:- وإن حصل التعليق بكلمة "كلما" فكلما تكرر ذلك الفعل ، يتكرر الطلاق حتى يستوفى الطلاق الملك الذى حلف عليه ثم تبطل اليمين ، حتى لو تزوجت بزوج آخر و عادت إلى الزوج الأول و فعلت ذلك الفعل لايقع الطلاق

٧٢١٩:- أخرج الإمام محمد فى الموطا عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول : إذا قال الرجل : إذا نكحت فلانة فهى طالق، فهى كذلك إذا نكحها وإن كان طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فهو كما قال . الموطا للإمام محمد ، الطلاق ، باب الرجل يقول : إذا نكحت فلانة فهى طالق ٢٥٨ – اعلاء السنن ، الطلاق ، باب حكم تعليق الطلاق بالنكاح قبل النكاح ٢٢٤/١١ برقم ٣٢٨٥، ٣٢٨٦.

٧٢٢٠:- أخرج سعيد بن منصور في سننه عن ابراهيم فيى رجل قال لامرأته : أنت كل ماشئت طالق . فهى كل ماشائت طالق . سنن سعيد بن منصور ، باب من قال لامرأته : أنت طالق إذا شئت ٢٩٥/١ برقم ١٢٤٠

قول المصنف : ولو قال كل امرأة اتزوجها فهى طالق الخ ، أخرج عبد الرزاق عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أن رجلاً أتى عمر بن الخطاب فقال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا . فقال له عمر : فهو كما قلت .مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب الطلاق قبل النكاح ٤٢١/٦ برقم ١١٤٧٤، ١١٤٧٥.

وأخرج سعيد بن منصور فى سننه عن عمروبن محمد و سالم بن عبد الله قالا : إذا قال : كل امرأة يتزوجها فهى طالق ، فهو كما قال . سنن سعيد بن منصور ـ باب ماجاء فيمن طلق قبل أن يملك ٢٥٨/١ برقم ١٠٥١ ، مصنفف ابن أبى شيبة ، الطلاق ، فى الرجل يقول : كل امرأة اتزوجها فهى طالق ، ولا يوقت وقتا ٥٣٤/٩ برقم ١٨١٤٧.

ولو كان أضاف الطلاق إلى الملك الثانى أو إلى كل ملك بكلمة " كلما " بأن قال لامرأة ، " كـلـما تزوجتك فأنت طالق" فتزوجها مرة بعد مرة ، حتى وقع عليها ثلاث تطليقات ، ولـو تـزوجـت بزوج آخر ثم تزوجها الأول تطلق أيضا . **وفـى شرح الطحاوى :** ولو قال لامرأته: "كـلما دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وقع الطلاق ، ثم إذا دخلت وقع الطلاق حتى الثلاث ، ولو عادت إليه بعد زوج آخر ، فدخلت الدار لايقع ، **م :** ولو قال : "كل امرأة أتزوجها فهى طالق" ، فتزوج نسوة طلقن ، ولو تزوج امرأة واحدة مرارالم تطلق إلا مرة واحدة .

٧٢٢١:- وفى الذخيرة : ولـو قـال "كلما تزوجت امرأة فهى طالق" ، فهذا على كل امرأة كل مرة ، حتـى يستـوفى ثلاث تطليقات ، حتى أنه لو تزوج امرأة و طلقت ، وتزوجها ثانيا و ثالثا تطلق أيضا .

٧٢٢٢:- وعن أبى يوسف **فى المنتقى :** إذا قـال "كلما تزوجت امرأة فهى طالق" ، و تزوج امرأة حتـى طـلـقت ، ولو تزوجها ثانيا لاتطلق ولا يحنث فى هذا مـرتيـن ، بـمـنزلة قوله ["كل امرأة أتزوجها فهى طالق" قال أبو يوسف رحمه الله و هـذا ليـس كـقـوله ـ] "كلما تزوجتك" إذا خاطبها ، فان هناك يقع الطلاق عليها كـلـمـا تـزوجهـا ، أشـار إلـى أن كـلـمة "كـلـمـا" إذا دخلت على المعين أو على الـمـخـاطـب تـقتـضـى التـكـرار ، وإذا دخلت على غير المعين لاتقتضى التكرار ، وأوضح هذا بما إذا قال "كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة ، و كلما ركبت هذه الدابة فعلى صدقه: " فانه يلزمه فى كل دفعة ما التزمه ، ولو قال "كلما اشتريت ثوبا، كـلـمـا ركبـت دابة" لايـلـزمه ما ألزم إلا مرة واحدة ، و كذلك قال فى رجل قال "كلما كلمت رجلا فعلى أن أتصدق بدرهم" ،وكلم رجلا واحدا مرتين فى موضعين

٧٢٢١:- أخـرج مـالك أنـه بـلـغه أن عمربن الخطاب ، و عبد الله بن عمر ، و عبد الله بن مسـعـود ، و سـالـم بـن عبـد الله ، والـقـاسـم بن محمد ، وابن شهاب ، و سليمان بن يسار : كانوا يـقـولـون: إذا حـلف الـرجـل بـطلاق المرأة قبل أن ينكحها ، ثم أثم ، أن ذلك لازم له إذاانكحها . الموطأ للإمام مالك . الطلاق ، ٢٧/ باب يمين الرجل بطلاق مالم ينكح . ٣٧٣/ برقم ٧٣.

فانما عليه أن يتصدق بدرهم واحد فى موطنين ، ولو كلم رجلين فى موطنين ، فعليه أن يتصدق بدرهمين .

۷۲۲۳:- رجل قال لأجنبية بالفارسية : اگر جزاز تو زن كنم ، أو قال : مراجز از تو زن باشد ، فهى طالق ! فتزوج امرأة ثم أخرى تطلق الأولى دون الثانية . إذا قال : اگر مرا ازين چهار زن بود از من بسه طلاق ! فتزوج امرأة تطلق ، ولو تزوج أخرى لاتطلق. **وفى الفتاوى الخلاصة :** رجل قال لامرأته : هزار طلاق اگر فلان كاركنى ، وأراد به التعليق لايتعلق الطلاق بذلك الفعل ، ولو قال : اگر فلان كار كنى هزار طلاق ، يتعلق، ومن المتأخرين من قال : يتعلق فى الوجهين . ولو قال لها : اگر فلان كار كنى توبيك طلاق، ففعلت طلقت من غير نية الزوج .

۷۲۲٤:- م : ولو قال لامرأته بالفارسية : اگر اين خانه در آئى ترا طلاق ! قال الناطفى : هنا ستة ألفاظ : اگر ، وهمى ، وهميشه ، و هرگاه ، وهر زمان ، وهربار، **وفى الظهيرية :** وهر وقت ، وهر چه گاه ، **م :** فالأول فارسية قوله "إن" ولا يحنث فيه إلا مرة واحدة ، **وفى الخانية :** وقوله : اگر در آئ ! مثل قوله : إن دخلت! ولو دخلت فلا يحنث إلا مرة ، **م :** و قوله همى معنى قوله "متى" وقوله هميشه معنى "متى ما" ولا يحنث فيهما إلا مرة واحدة ، وأما قوله هرگاه وهر زمان وهربار، **قال الناطفى فى واقعاته :** هذه الألفاظ تشبه كلمة "كل" فلا يقع الحنث إلا مرة واحدة . وتشبه كلمة "كلما" فيتكرر الحنث فيها ، و رجح المشابهة بكلمة "كلما" حيث قال : يتكرر الحنث فيها ، قال الصدر الشهيد **فى واقعاته :** المختار أن فى قوله "هرگاه وهر زمان" لايقع الحنث إلا مرة واحدة ، وفى قوله "هربار" يتكرر الحنث ، **وفى الحاوى :** وفى قوله : هرچه گاه زن بزنى كنم وى طلاق ! قال : يقع على أول مرة يتزوجها ثم ينحل اليمين ، **وفى الظهيرية :** وأجمعوا على أن الحنث يتكرر بقوله "هربار" ، وفى قوله"هرزمان وهرگاه" يتكرر الحنث بتكرر الفعل عند بعضهم ، والفتوى على أنه لايتكرر فى عامة هذه الألفاظ إلا فى قوله "هربار".

۷۲۲٥:- **م :** ولو قال "أى امرأة أتزوجها فهى طالق" يقع على امرأة واحدة إلا أن ينوى العموم ، هكذا قيل ، وكان ينبغى أن لاتصح نية العموم فيه ، وذكر

فی المنتقی: أن كلمة "أی" تتناول كل امرأة ، وصورة ما ذكر **فی المنتقی :** إذا قال "أیّ امرأة اتزوجها فهی طالق و عمرة " و عمرة امرأة الحالف فتزوج امرأة طلقت هی و عمرة ، فان تزوج امرأة أخری بعد ذلك طلقت هی و لا تطلق عمرة ، ولا يعود الحنث فی عمرة مرتين ، وقيل : يقع علی كل امرأة مرة واحدة . وإذا قال " أية امرأة زوجت نفسها منی " فهذا علی كل مرة . ولو قال : هركدام زن كه بزنی كنم فهی طالق ، فهذا يقع علی امرأة واحدة مرة واحدة ، وهو الصحيح ذكره **فی الخانية** .

۷۲۲٦:- وفيها : ولو قال بالفارسية : هر كدام زن كه درنكاح من آيد ، ينبغی أن يكون هذا علی كل امرأة يتزوج فی قولهم جميعا . **م :** ولو قال هرچه زن بزنی كنم فهی طالق ، فهذا يقع علی امرأة واحدة ، **وفی الذخيرة :** إلا أن ينوی جميع النساء . **وفی الخانية :** هر بار كه بزنی كنم ! يتناول كل امرأة و يتكرر الطلاق علی كل امرأة بتكرر الزواج . **وفی الفتاوی الخلاصة :** ولو قال : ازين روز تا هزار سال هر زنے كه و يرا است فهی طالق ، و ليس له امرأة فتزوج امرأة لاتطلق .

نوع آخر : فی " لو" و" لو لا " إذا جعل شرطا

۷۲۲۷:- إذا قال لامرأته " أنت طالق لو دخلت الدار" ، لم تطلق حتی تدخل الدار، **وفی المضمرات :** وكذا قوله " أنت طالق لو لا دخلت الدار" ؛ لأن" لا " حرف النفی ، وقد أكده بالحلف ، وكان الطلاق متعلقا بالدخول ، و عن أبی يوسف : إذا قال لها " أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك" فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقها إن دخلت الدار فهو بمنزلة قوله "عبدی حرلو دخلت الدار لأضربنك" ، فهذا رجل حلف بعتق عبده ليضربها إن دخلت الدار . فان دخلت الدار فی مسألة الطلاق لزمه أن يطلقها، فان ماتت أو مات هو ، فقد فات الشرط فی آخر جزء من أجزاء الحياة فيقع الطلاق ، كما فی قوله " إن لم آت البصرة فأنت طالق" فمات قبل أن يأتيها طلقت فی آخر جزء من أجزاء حياته ، **وفی الحاوی :** قال لاحدی امرأتيه "فانك تطلقين" فقالت "رضيت" تطلق تلك ، ثم قال لهذه "استبرئی" ثم انكر ؟ قال : لايسع لهذه أن تقيم معه ، فإن أرادت الرجوع إليه تحلفه

"بـالله مـا أردت بـكـلامك الـذى تـكلمت اكثر من واحدة" فإن أبى أن يحلف لـم ترجع إليه ، وإن حلف رجعت إليه بنكاح جديد.

۷۲۲۸:- م : قـال مـحمد : إذا قال لامرأته " أنت طالق لو لا دخولك الدار" فهذا استثناء لايقع الطلاق عليها ، وكذلك لو قال " لولا مهرك عليّ .

نوع آخر : فى حرف الباء ، ومسائل الإذن إذا جعل شرطا

۷۲۲۹:- إذا قال لامرأته "انت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا باذنى" أو قـال : إلا بـرضائى ، أو قال : إلا بعلمى" أو قال لها " أنت طالق إن خرحت من هذه الـدار بـغير إذنى" فهذا سواء، وهو نظير مالو قال لها " إن خرجت من هذه الدار إلا بملحفة فأنت طالق" ، فخرجت بغير ملحفة طلقت .

۷۲۳۰:- والـحيلة للزوج فى ذلك أن يقول لها ، "كلما شئت الخروج فقد أذنت لك" ، فان أذن لها بالخروج فى كل مرة ، ثم نها ها عن الخروج قال محمد: يـعـمـل نهيـه ، و قـال أبو يوسف : لايعمل ، وأجمعوا على أنه لو أذن لها بالخروج مرة، ثـم نهـا هـا أنـه يعمل نهيه ، ولو قال لها " أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى إذن لك" فأذن لها مرة بالخروج تنتهى اليمين ، حتى لو خرجت بعد ذلك بغير إذن لاتـطـلـق ، فان عنى بقوله "حتى آذن لك" : إلا باذنى !صحت نيته بيما بينه وبين الله تـعـالىٰ ، ولا تصح نيته فى القضاء ، ذكر المسألة فى الجامع من غير ذكر خلاف، وذكـر الـقدورى أن على قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله وإحدى الروايتين عن أبى يوسف : تصح نيته فى القضاء . **وفى الذخيرة :** ولو قال لها "إن خرجت إلا باذنى فكذا" فخرجت بغير إذنه حنث ، ولو خرجت بعد ذلك بغير إذن لايحنث .

۷۲۳۱:- م : ولو قال لها : " أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك " ، فهـذا ومـا لـو قـال "حتـى أذن لك" سواء ، حتى تنتهى اليمين بالاذن مرة . **وفى الكبرى :** قال لها إن خرجت من هذه الدار إلا باذنى فأنت طالق" وطلقها بائنا ثم تزوجها فخرجت بغير إذنه لا تطلق .

۷۲۳۲:- م : وإذا قـال لهـا " إن خـرجـت من هذه الدار من غير إذنى فأنت

طـالق، فأذن لها بالعربية وهي لاتعرف العربية فخرجت تطلق ، **وفى الظهيرية :** كما لـو أذن لهـا وهـى نائمة أو غائبة لم تسمع فخرجت حنث : وقال بعضهم : هذا فى قـول أبـى حـنيـفة و مـحـمـد ، أمـا على قول أبى يوسف و زفر : يكون إذنا ، وقال بعضهم : الإذن يصح بدون العلم والسماع فى قولهم جميعا ، وإنما الخلاف بينهم فـى الأمـر ، عـلـى قـول أبـى حنيفة و محمد رحمهما الله لايثبت الأمر بدون العلم والسـمـاع ، والـصـحيح أن على قولهما الإذن لايكون إلا بالسماع ، وأجمعوا أن الإذن فى التجارة لايكون إلا بالسماع .

٧٢٣٣:- م : وفـى الـمنتقى : إذا قـال لامـرأتـه "أنـت طـالق إن خرجت إلا بـأمرى" فللآمر أن يسمعها الأمر بنفسه أو رسوله ، وإن أشهد قوما على ذلك لم يكن أمـرا، فـلـو أن هٰـولاء الـذيـن أشهدهم الزوج على الأمر بلغو ها أن الزوج قد أمرها بـالخروج ، إن لـم يأمر هم أن يبلغو ها فخرجت فهى طالق ، وإن أمرهـم أن يبلغو ها فـخرجت بعد ذلك لاتطلق ، وفى الإرادة والهوى والرضا لايشترط إسماعها رضاه وأن أذنـه حتـى لـو خرجت بعد ما قال "رضيت ، أردت ، هويت" لاتطلق وإن لم تسـمـع هى ذلك بلا خلاف ، وإنما الخلاف فى الإذن والأمر . **وفى الذخيرة :** إذا قال لها " إن فعلت كذا إلا بأمرى" يشترط الأمر فى كل مرة واحدة .

٧٢٣٤ :- وفى المنتقى : " إن شربت نبيذا إلا أن أكره" فشرب مرة مكرها، ثـم شـرب غيـر مكره لم يحنث ، وقال : إلا أن أكره عليه والمسألة بحالها يحنث ، وعـلـى هذا إذا قال " إن دخلت هذه الدار إلا أن أكره " ـ والحاصل فى جنس هذه الـمسـائل أنه إذا وصل الأمر بالفعل المحلوف به بحرف الباء يشترط الأمر فى كل مرة ، إذا ذكر الأمر مرة يكتفى بالأمر مرة .

٧٢٣٥:- وفـى هـذا الموضع أيضا : **م :** إذا قـال لهـا " إن خرجت من هذه الـدار إلا بـاذنـى فـأنـت طـالـق" ثـم سمع سائلا فقال لها "اعطى هذا السائل هذه الكسرة " ، فان كان السائل بحيث لاتقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج، فهـو إذن لها بالخروج ، وإن كان السائل بحيث تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج فهذا لايكون إذنا لها بالخروج ، وإن كان السائل وقت الإعطاء بحيث

تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج ، ثم خرج السائل إلى الطريق فخرجت إليه وأعطته طلقت ، ولو دعته فجاء حتى صار بحال تقدر المرأة على الدفع إليه من غير خروج فلم تدفع إليه حتى انصرف فخرجت إليه و دفعت ذلك طلقت أيضا ، ولو حلف بطلاق امرأته على جاريته أن لاتخرج من الدار إلا باذنه ، وهى تشترى له الحوائج ، فقال لها " اشترى بهذه الدراهم لحما " فهو إذن لها بالخروج ، فاذا خرجت بعد ذلك لاتطلق امرأته .

٧٢٣٦:- وفيه أيضا : إذا قال لامرأته " إن خرجت إلا باذنى فأنت طالق" فاستأذنته فى الخروج إلى أبيها فأذن لها فخرجت إلى منزل أختها لاتطلق . **وفى النوازل :** إذا قال لها " إن خرجت إلى احد إلا باذنى فأنت طالق" فاستأذنته فى الخروج إلى بعض أهلها فأذن لها فلم تخرج إلى ذلك ، لكنها كانت تكنس الدار فخرجت إلى باب الدار لتكنس الباب : وقع الطلاق، وإن تركت الخروج ، ثم خرجت فى وقت آخر إلى بعض أهلها الذى أذن لها الزوج بالخروج أخاف أن يقع عليها الطلاق.

٧٢٣٧:- وفى الكبرى : قال لها " لا تخرجى إلا باذنى" ، تحتاج فى كل خروجها إلى الإذن ، ولو قال : عنيت مرة واحدة ! دين قضاء فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد ، وروى عن أبى يوسف فى رواية : لايدين فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فلا يصدق ، و عليه الفتوى ، **وفى فتاوى آهو :** سئل القاضى برهان الدين ، قال : اگر بى دستورى من تو ازخانه بيرون روى ترا طلاق ! دستورى خاست ، فقال بهفتا دتبارو أو قال بفلان مادر و پدر رو ، يا بآب سياه اندر رو ، يابى كاوك رو، يا هر كجا كه خواهى برو؟ قال : يكون إذنا ، هكذا أفتى القاضى بديع الدين بناء على مسألة التجريد قال فى غضبه "أخرجى" ولا نية له كان على الإذن ، ولو غضبت و تهيأت للخروج فقال "دعو ها لتخرج" ولانية له ، لم يكن إذنا لان هذا ليس بأمر بالخروج فان الإذن يثبت بطريق الدلالة ، ولو قال : بيرون رو تا بينم چگونه مى روى ! لايكون إذنا ؛ وسئل قاضى خان بهفتاد تبار رو وفى أمثاله فقال : لايكون إذنا.

۷۲۳۸:- م : وفى المنتقى : إذا قـالت المرأة لزوجها " ائذن لى فى الخروج إلـى بيت أبى" فقال " إن أذنت لك فى ذلك فأنت طالق" ثم قال لها "أذنت لك فى الـخـروج" ولـم يقل " إلى بيت أبيك" لـم يحنث، و هذا بخلاف مالو استأذن الغلام مـولاه فى تزوج أمة رجل فقال له المولى " إن أذنت لك فى تزوجها فامرأته طالق" ثـم قال بعد ذلك : " قد أذنت لك فى تزوج النساء" أو قال " أذنت لك فى التزوج" حـنـث فـى يـمـيـنه ، وإذا قال لعبده " إن اشتريت هذا العبد بإذنى فامرأتى طالق" ثم إذن لـه فـى التجارة فاشترى هذا العبد : طلقت امرأة المولى، ولو قال له "أذنت لك فـى شـراء البر" فاشترى هذا العبد : لا تطلق امرأة المولى. **المعلى** عن أبى يوسف : رجـل حـلف بـطـلاق امرأته أن لايشرب نبيذا إلا باذن فلان ، أو لا يأكل طعاما إلا بإذن فلان ، فانما هذا الإذن على شربة واحدة وعلى لقمة واحدة .

۷۲۳۹:- رجل قال " امرأتى طالق إن دخلت هذه الدار إلا أن يأمرنى فلان" فهـذا عـلى الأمر مرة واحدة ، ولو قال " إلا أن يأمرنى به فلان " فلا بد من الأمر فى كـل مـرـة ، و عـلى هذا : إذا قال لغيره " إن عملت كذا إلا أن يأمرنى فلان " ، فهذا عـلى الأمر مرة واحدة ، ولو قال لامرأته " إن خرجت من هذه الدار إلا باذنى فأنت طـالـق" ثـم قـال لهـا "أطيـعـى فـلانا فى جميع ما أمرك به" فأمرها فلان بالخروج، فـخـرجت طلقت من قبل أن الزوج لم يأذن لها بالخروج ، و كذلك لو قال الزوج لـرجـل " ائـذن لهـا فـى الخروج" فأذن لها فخرجت طلقت، وكذلك لو قال ذلك الرجل " إن زوجك قد أذن لك " ، وكذلك لو قال لها الزوج "ما أمرك به فلان فقد أمـرتك" ثـم أذن لها فلان بالخروج فخرجت طلقت ، **وفى الكبرى :** قال لها " إن خـرجـت مـن هذه الدار إلا من أمر لا بد منه فأنت طالق" فأرادت أن تدعى حقا إن قـدرت عـلى توكيل يحنث لو خرجت ، وإن لـم تقدر على أن توكل لم يحنث ، **م :** ولـو قـال الزوج لرجل " قد أذنت لها بالخروج " فبلغها ذلك ثم خرجت لم تطلق ، **وفى الذخيرة :** ولو قال الزوج "ما أمرك به فلان فقد أمرتك" فأمرها فلان بالخروج فخرجت طلقت ، **م :** ولـو قال لامرأته " إن خرجت من هذه الدار بغير علمى فأنت

طالق" فخرجت وهو يراها فمنعها أو لم يمنعها لم تطلق لأنها خرجت بعلمه . **وفى المنتقى :** إذا قال لها " إن خرجت من هذه الدار بغير علمى فأنت طالق " فأذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه لاتطلق ، **وفى الكبرى :** ولو لم يأذن لها و خرجت وهو يراها لايحنث أيضا .

۷۲٤۰:- م : وفى القدورى : إذا قال لامرأته " إن خرجت من هذه الدار إلا باذنى فأنت طالق" ثم قال لها " إن فعلت كذا فقد أذنت لك" لايكون إذنا . ولو قال لها " أذنت لك أبدا، أو الدهر، أو : كلما شئت ، فهو إذن لها فى كل مرة . **وفى الظهيرية :** ولو قال " أذنت لك فى الخروج كلما أردت" ، فخرجت مرة بعد أخرى لايحنث ، فان نهاها بعد ذلك ، صح النهى فى قول محمد ، وبه أخذ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل ، ولو أذن لها فى الخروج ثم قال لها : "كلما نهيتك فقد أذنت" ، فهاهنا لايصح نهيه إياها . ولو قال لها "أذنت لك عشرة أيام" كان لها أن تخرج فى العشرة ماشائت . ولو غضبت و تهيأت للخروج ، فقال الزوج "دعو ها تخرج" ، ولا نية له لم يكن إذنا إلا إذا نوى الإذن ، ولو قال لها فى غضبه: "أخرجى" ولا نية له ، كان على الإذن إلا إذا نوى : اخرجى حتى تطلقى ! **وفى الفتاوى الخلاصة :** ولو قال لها "أخرجى إن خرجت ليخزينك الله، أو : ليرينك ماتكرهين" أو استأذنت وألحت فقال لها : هر كجا كه خواهى رو أنا لاآذن ! ففى الأول إذن ، وفى الثانى ليس باذن، وقيل : كلا هما ليس بإذن .

۷۲٤۱:- م : ولو حلف على امرأته بطلاقها أن تخرج من الدار إلا باذنه ، أو حلف السلطان رجلا بطلاق امرأته أن لاتخرج من البلدة إلا باذنه . **وفى الفتاوى الخلاصة :** أو حلف المولى عبده . **م :** أو حلف صاحب الدين مديونه أن لايخرج من البلدة إلا باذنه فاليمين مقيدة بحال قيام الزوجية والسلطة والدين ، فان ماتت المرأة أو عزل السلطان أو سقط الدين . **وفى الفتاوى الخلاصة :** أو خرج العبد من ملك المولى . **م :** سقطت اليمين ثم لاتعود أبدا وإن عادت الولاية للزوج والسلطان و عاد الدين . **وفى المنتقى :** عن أبى يوسف رحمه الله : سلطان حلف رجلا أن لايخرج من هذا المسجد إلا باذنه ثم عزل السلطان فقد سقطت اليمين ، وإن مات فاليمين على حالها .

٧٢٤٢:- رجل خرج مع الوالي و حلف بالطلاق أن لا يرجع إلا باذنه فسقط منه شئ و رجع لذلك لاتطلق ، **وفي الفتاوى الخلاصة :** العامل إذا حلف رجلا ليرفعن إليه كل داعر يعرفه في مجلسه ، فلم يعلمه حتى عزله السلطان ، سقطت اليمين ولم تعد أبدا . ولو أن الحالف علم ببعض ذلك فأخر رفعه حتى عزل ، حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك الآن . ولو حلف : لاتخرج امرأته من هذه الدار إلا باذنه ولا عبده فبانت المرأة و خرج العبد من ملكه ثم خرجا حنث ، ولا يدين في القضاء ، وعن أبي يوسف فيمن حلف بطلاق امرأته أن لاتخرج من بغداد إلا بإذنه فقال الرجل "لم آذن لك" فادعت المرأة الإذن فالقول قول الزوج .

٧٢٤٣:- وفي الفتاوى الخلاصة : رجل حلف لايخرج من المصر إلا باذن امرأته ، فقالت : "أذنت لك أن تذهب عشرة أيام" فذهب ولم يجئ لتمام عشرة أيام لايحنث ، **م :** ولو قال لامرأته "أنت طالق إن خرجت من الدار إلا باذن فلان ، فمات فلان قبل الاذن بطلت اليمين في قول أبي حنيفة و محمد خلافا لأبي يوسف ،**وفي الفتاوى :** إذا قال لها " إن خرجت من هذه الدار بغير إذني فأنت طالق"، فقالت المرأة للزوج: تريد أن أخرج حتى أصير مطلقة ؟ فقال الزوج : نعم ! فخرجت تطلق لأن هذا تهديد وليس بإذن ، **وفي الذخيرة :** وإذا قال لامرأته "كل امرأة أتزوجها بغير إذنك فهي طالق " فطلق امرأته بائنا أو ثلاثا ثم تزوج امرأة بغير إذنها طلقت ثلاثا ، ولم تتقيد يمينه بحال قيام نكاح امرأته .

م : نوع آخر في ذكر مسائل الشرط بكلمة " إن "

٧٢٤٤:- ذكر شيخ الإسلام **في شرح كتاب الحيل :** إذا وهب الرجل لرجل مالا ثم إن الواهب قال للموهوب له "امرأتي طالق ثلاثا إن أنفقت هذا المال الذي و هبت لك إلا على أهلك" ثم إن الموهوب له أنفق بعض هذه الهبة على أهله و قضى بالباقي دينا عليه أو حج : لاتطلق امرأة الواهب ، قال : وهو نظير مالو حلف : لايأخذ ماله عن فلان إلا جميعا ، فأخذ البعض دون البعض لايحنث ، **وفي الولوالجية :** لو قال : عبده حر إن كان فلان دخل هذ ه الدار أمس ، ثم قال : امرأته

طالق إن لم يكن دخل فلان بعينه هذه الدار أمس : طلقت امرأته و عتق عبده .

۷۲٤٥:- وفی واقعات الناطفی : رجل قال لامرأته " إن ادخلت فلانا بيتی ، أو قال : إن دخل فلان بيتی أو قال : إن تركت فلانا فی بيتی فأنت طالق" فاليمين فی الوجه الأول علی أن يدخل بأمره ، وفی الوجه الثانی علی نفس الدخول ، أمر الحالف أو لم يأمر علم أو لم يعلم ، وفی الوجه الثالث اليمين علی الدخول بعلم الحالف .

۷۲٤٦:- وفی الحاوی : قال لعجوز " إنك أمی" فقالت "لست بأمك" قال " إن لم أفتخر بأمومتك فامرأته كذا" قال : لايحنث مالم يقل "لم أفتخر بأمومتها" ، وفيه ، قال لامرأته وفی يدها قدح من ماء "إن شربت فأنت كذا، وإن صببته فأنت كذا، وإن وضعته فأنت كذا" قال : ترسل فيه ثوبا حتی ينشف الماء . سئل أبو نصر الدبوسی عمن قال لامرأته : "إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ثلاثا" ، و غاب زوج فلانة فادعت امرأة الحالف تطليق فلان امرأته علی زوجها ، وأقامت البينة علی ذلك : لاتقبل، لأن طلاقها يتعلق بشرط أن يطلق فلان امرأته ولم يثبت طلاق الشرط لأن فی ذلك ابتداء القضاء علی الغائب و ذلك لايجوز ، قال صاحب الكتاب : وهو الأصح .

۷۲٤۷:- وفی فتاوی النسفی : سئل عمن قال "إن و طأت أمتی فامرأتی طالق" فقالت الأمة " إنه و طأنی" وأنكر المولی فالقول للمولی . و إذا علمت المرأة ذلك لاينبغی لها المقام معه ولا التمكين ، صبی قال " إن شربت فكل امرأة أتزوجها فهی كذا، يعنی ثلاثا ، فشرب صبيا و تزوج بالغا ، فظن الصبی أن الطلاق واقع فقيل له فی ذلك فقال الصبی البالغ : أری حرامست بر من ، قال : هذا إقرار بالحرمة و تبين منه بواحدة ابتداء لابتلك اليمين . **وفی الجامع الصغير العتابی :** لو قال لامرأته " إن تزوجت عليك امرأة فهی طالق" ، فتزوج امرأة فی عدتها من طلاق بائن ، لايقع الطلاق علی التی تزوجها .

۷۲٤۸:- وفی اليتيمة : سئل علی بن أحمد عن رجل دعا امرأته إلی المجامعة فامتنعت المرأة عن ذلك ، فتنازعا فقال الرجل " إن أمسكتك فأنت طالق ثلاثا " فهل يقع الطلاق؟ فقال : قد طلقت ثلاثا إذا لم يحرمها فی الحال علی

نفسه، سئل يوسف بن محمد عمن قال لأصدقائه "إن لم اذهب بكم إلى نكاحی فهی طالق ثلاثا" و عقد عقد النكاح من غير أن يذهب بهم إلى مجلس العقد هل يقع عليها الثلاث ؟ فقال : فی الحقيقة لا فرق و لا صحة لكلامه إلا بادراج العقد ، وسئل عنها حمير الوبری فقال : لايقع الطلاق بهذا اللفظ ، وسئل عنها علی بن أحمد فقال : هو لغو إن شاء اللّٰه . وسئل الوبری عن رجل قال" إن كان جاهی و مالی و حرمتی أنقص من جاه فلان و ماله و حرمته فامرأته طالق"؟ قال : ينبغی أن لا يقع به الطلاق لأنه وإن كان جاهه أنقص عند القوم الذين هو عندهم فيجوز أن يكون جاهه عند غير هم أعلی من جاه هذا .

۷۲٤۹:- م : إذا قال لامرأته " إن أكلت من القدر الذی تطبخين أنت فأنت طالق" فإن أو قدت هی النار فهی طابخة سواء حصل الإيقاد بعد ما و ضعت هی القدر علی الكانون أو فی التنور أو قبل ذلك ، و سواء حصل و ضع القدر علی الكانون منها أو من غيرها أو كان الإيقاد بعد ما و ضعت هی القدر علی الكانون أو قبل ذلك ، وإليه أشار القدوری فی كتابه حيث قال : الطابخة التی تو قد النار دون التی تنصب القدر و تصب الماء و تلقی الأبازير ، و اختار الفقيه أبو الليث أنها تكون طابخة إذا وضعت القدر فی التنور أو علی الكانون بعد إيقاد النار وإن حصل الإيقاد من غيرها ، قال الصدر الشهيد فی واقعاته : و عليه الفتوی .

۷۲٥۰:- وفی فتاوی آهو : سئل القاضی بديع الدين : حلف بالطلاق : تتماج كه زن من بيزدش نخورم مرد خمير كرد و ماليد و در ديگ انداخت و زن آتش كرد و پخت؟ قال : يقع ، و علی عكسه لايقع .

۷۲٥۱:- م : وفی فتاوی أبی الليث : إذا أراد الرجل أن يجامع امرأته فقال لها " إن لم تدخلی معی فی البيت فأنت طالق" فدخلت بعد ما سكنت شهوته وقع الطلاق عليها ، وإن دخلت قبل ذلك لم تطلق . **وفی الجامع الصغير العتابی :** لو قال لها " إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا " فأدخل فرجه فی فرجها فلبث ساعة ثم أخرج لايجب عليه شیء باللبث ، و عن أبی يوسف أنه يجب العقر و هو مهر المثل ، وكذا إذا قال لأمته "إذا جامعتك فأنت حرة" .

٧٢٥٢:- وفى الكافى : رجل تزوج أمة غيره ثم قال لها " إن مات مولاك فأنت طالق ثنتين" فمات المولى والزوج وارثه وقع الطلاق ، ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره عند أبى حنيفة وأبى يوسف، و عند محمد لايقع الطلاق .

٧٢٥٣:- م : رجل خرج من بخارى إلى سمرقند ، وقال لامرأته : اگر سپس من بيرون نيائى مع فلانة فأنت طالق ثلاثا ! فلم تخرج المرأة حتى رجع الزوج من سمرقند ينظر : إن كانت فلانة خرجت ولم تخرج امرأته معها وقع الطلاق على امرأته، وإن كانت فلانة لم تخرج أيضا: فإن أراد الزوج بقوله " إن لم تخرجى مع فلانة" أن يكون عدم خروجها شرطا لوقوع الطلاق ، فإذا لم تخرجا يقع الطلاق على امرأته ، وإن أراد الزوج بذلك إن خرجت فلانة ولم تخرجى معها على أثرى فإذا رجع الزوج قبل خروج فلانة لا يقع الطلاق و تسقط اليمين . **وفى الولوالجية :** هذا إذا لم تخرج تلك المرأة ، فإن خرجت تلك المرأة ولم تخرج امرأته وقع الطلاق على المرأة .

٧٢٥٤:- وفى النسفية : سئل عن سكران يضرب امرأته فهربت منه و خرجت من داره فقال " إن لم تعودى إلىّ فأنت طالق ثلاثا" فعادت إليه عند العشاء الآخرة هل تطلق امرأته ؟ فقال : تطلق ثلاثا لأنه يكون على الفور ، قيل : و بكم تقدر مدة البراء ؟ قال : بساعة ، قيل : هل يصدق أنه لم يرد به الفور ؟ فقال : فى القضاء لا.

٧٢٥٥:- وفى النوازل : قال أبو بكر : تشاجر رجل مع امرأته فى زمن إبراهيم بن يوسف فجرى على لسانه شئ فقالت المرأة : حتى أسأل الفقيه عما قلت ! قال : من هو؟ قالت إبراهيم بن يوسف ! فقال الرجل : إن هو فقيه فأنت طالق ثلاثا ! فلما أصبحت ذهبت إلى إبراهيم بن يوسف فأخبرته بالقصة ، فتنفس الصعداء و دمعت عيناه ثم قال : إن أراد به فى الحقيقة وفى أمر الآخرة فهو بار فى يمينه ، وإن أراد به مايسميه الناس فإنه يحنث .قال الفقيه : نظير هذا ما روى عن الحسن البصرى أن رجلا سماه فقيها ، قال له الحسن : فهل رأيت فقيها قط ! إنما الفقيه الزاهد فى الدنيا والراغب فى الآخرة البصير فى عيوب نفسه . ولكن المرأة طالق فى القضاء لأنه قد ظهر عند القاضى و عند الناس أنه فقيه فيؤخذ بالظاهر .

٧٢٥٦:- وفي الولوالجية : رجل له على آخر درهم ثمن شئ فقال " إن أخذت ذلك الشئ فامرأته طالق" فأخذ مكان ذلك الثمن حنطة وقع الطلاق على امرأته . **وفيها :** رجل قال لامرأته " إن حلفت بطلاقك فأنت طالق" ثم قال " إن دخلت الدار فأنت طالق" لايحنث . **وفيها :** رجل قال لابنه " إن تركتك تلعب مع الصبيان فامرأته طالق" فنهاه فلم يمتنع الابن ، فإن كان الابن بالغا لا يقوى معه الأب لا تطلق امرأته . **و فيها :** رجل له دابة مستعارة فقال : اگر من اين هر كسى رابدهم فامرأته طالق ! فأعطى بعض الناس و منع البعض لاتطلق امرأته .

٧٢٥٧:- وفي النوازل : سئل عن سكران أعطى امرأته درهما فقالت : "إنك إذا صحوت أخذت مني" فقال لها: " إن استردت منك فأنت طالق" فاسترد منها ساعته وهو سكران فقال : لايحنث.

٧٢٥٨:- م : قال لامرأته " إن ذهبت إلى قرية كذا فأنت طالق" فذهبت المرأة إلى قرية أخرى ، ومرت بضياع تلك القرية ولم تدخل عمران تلك القرية لاتطلق، هذا إذا عقد يمينه على الذهاب ، فإن عقد يمينه على الخروج بأن قال لها " إن خرجت إلى قرية كذا فأنت طالق" فخرجت إلى قرية أخرى و مرت بضياع تلك القرية ولم تدخل عمران تلك القرية ، فإن كانت حين خرجت نوت أن تمر بتلك القرية طلقت ، وإن كان من نيتها أنها لاتمر بتلك القرية ثم بدا لها بعد ذلك فمرت بها لا تطلق.

٧٢٥٩:- قال لامرأته "إن تركت صلاة فأنت طالق" أو قال "إن تركت صلاة فامرأتي طالق" فترك صلاة و قضاها ، أو تركت وقضتها هل يقع الطلاق؟ اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا : لا يقع الطلاق وبه كان يفتي الشيخ الإمام سيف الدين عبدالرحيم الكرميني، و بعضهم قالوا : يقع الطلاق و به كان يفتي ركن الإسلام على السغدى ، وهو الأشبه والأظهر .

٧٢٦٠:- وفي الحاوي : عن أبي الحسن الكرخي فيمن اتهم أنه لم يصل الغداة فقال عبده حر أنه قد صلاها ! و قد صلاها وقد تعارفوا شرطا بلسانهم هذا ؟ قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم كقوله : عبدى حر إن لم أكن صليت الغداة ! التي صلاها لم يعتق ، كذا هاهنا .

٧٢٦١:- وفى الذخيرة : "إن أجبت سلام فلان فامرأتى طالق" ، فتكلم معه بكلام غير جواب السلام لا تطلق امرأته .

٧٢٦٢:- قال لأجنبية "إن طلقتك فعبدى حر" صح ، ويصير كأنه قال : إن تزوجتك و طلقتك، ولو قال "إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا" لم تصح هذه اليمين ، إذا قال " إن طحنت على هذا الماء فامرأته طالق" ، فحول هذا الماء من هذا الماء من هذا النهر إلى نهر آخر ، وعلى ذلك النهر طاحونة و طحن الحالف بها : إن كان الماء الذى حلف عليه أقل لايحنث ، و هذا الجواب مستقيم على قول أبى يوسف ؛ لأنه يعتبر الغالب فى خلط الجنس بالجنس، أما محمد لا يعتبر الغالب فى خلط الجنس بالجنس فينبغى أن لايحنث على قوله سواء كان الماء الذى حلف عليه أقل أو أكثر.

٧٢٦٣:- وفى السراجية : لو قال لها وهى حامل "إن كان حملك هذا غلاما فأنت طالق واحدة ، وإن كانت جارية فأنت طالق ثنتين " ، فولدت غلاما و جارية لم يقع شيء ، وهى مسألة عجية .

٧٢٦٤:- وفى واقعات الناطفى : رجل خلع امرأته ثم قال فى العدة " إن كنت امرأتى فأنت طالق ثلاثا" ، ولم يرد بهذا الكلام الإيقاع لايقع ، لأنها ليست بامرأته مطلقا، **وفى النسفية :** سئل عمن عانقت امرأته أختها و قبلتها ، فقال لها : إنك تحبينها أكثر مما تحبيننى ؟ فقالت : نعم ! فقال : اگر چنين است كه تو گوئى هزار طلاق ! هل تطلق هذه المرأة ؟ فكتب فى آخر الفتوى : اگر گفت : تو از من هذار طلاق سه طلاق شده است ؟ و يجب فى مثل هذه الفتوى أن تزاد هذه الكلمة المتروكة فى الجواب دفعا لاحتيال المستفتى ، و يكتب جواب جاهل الجواب لا سؤاله ، وكان يكتب فى هذه المسائل : طلاق شده است ، ولا يكتب : شود .

٧٢٦٥:- م : وفى الفتاوى : سئل أبو القاسم قالت المرأة لزوجها: " لا طاقة لى بالكون معك جائعة" فقال لها "إن كنت جائعة فى بيتى فأنت طالق"؟ قال : إذا لم يكن ذلك فى غير الصوم لا تطلق .

٧٢٦٦:- و سئل عن امرأة خرجت إلى ضيافة فقال الزوج لها: " إن مكثت

هنـاك أكثـر مـن ثـلاثة أيام فأنت طالق" ، فرجعت فى اليوم الثالث إلى قرية زوجها ولـم تـدخـل القرية ثم رجعت و مكثت هناك أياما ؟ قال : لاأفتى بالطلاق ، غير أن الاحتياط فيه أولى ؛ قال الفقيه أبو الليث : إن دخلت عمران قرية زوجها ثم رجعت لاتطلق ، وإن لم تدخل ينبغى أن تطلق .

٧٢٦٧:- وفى فتاوى أيضا : رجـل خرجت امرأته إلى قرية أخرى فقال لها بـالـفـارسية : اگـر بيـش از سـه روز بـاشـى فأنت طالق ! فانصرفت المرأة فى اليوم الثـالـث إلـى قرية أخرى ثم انصرفت إليها وأقامت بها أياما : فإن كان انصرافها من تـلك الـقـرية على أن لاتعود ثم عادت لاتطلق ، وإن كان انصرافها على أن تعود ثم عـادت تطلق ، **وفى الحاوى :** سـئـل عـلـى بن أحمد عمن قال لها : از بخانۂ مادر شـوى فـأنـت كـذا ! فذهبت إلى باب دارها ولم تدخل ؟ قال : اختلف فيه نصير و ابن سلمة ، قال الفقيه : مقصود الناس الدخول فما لم تدخل لايقع .

٧٢٦٨:- وفـى الولوالجية : رجـل قـال الـلـعب بالشطرنج ليذهب الغم غير مـحـرم ! ثـم قـال بـالفارسية : اگر اين بازى كه من ميكنم حرامست از كتاب يا از خبـر يـا از قيـاس زن وى سه طلاق ! وقع الطلاق على امرأته لأن اللعب بالشطرنج حرام بآثار الصحابة و بالقياس الصحيح .

٧٢٦٩:- وفى الخانية : رجـل قال لغيره : زن وى بسه طلاق اگر تو مهمان مـن نبـاشـى ! فـقال الفقيه أبو جعفر : هذا تعليق صحيح كأنه قال : إن لم تجئ إلى ضيـافتـى فـامرأتى طالق! وكذا لو اتهم امرأته برفع شئ فقال : تو از منى بسه طلاق گرتو اين رانسه برداشته ولم تكن رفعت تطلق ثلاثا .

٧٢٧٠:- وفـى الحجة : " أنـت طـالـق إن أكـلـت أو شـربـت" طلقت عند وجود أحدهما" ولو قال "إذا أكلت أو شربت فأنت طالق" لاتطلق إلا بوجودهما.

٧٢٦٨:- أخـرج مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه : أن النبى صلى اللّٰه عليه وسلم قال : مـن لـعـب بـالنرد شير ، فكأنما صبغ يده فى لحم خنزير و دمه ، صحيح مسلم ، الشعر ، باب تحريم اللعب بالنرد شير . ٢٤٠/٢ برقم ٢٢٦٠ .

وأخرج البيهقى عن ابن عمر : أنه سئل عن الشطرنج فقال : هو شر من النرد . السنن الكبرىٰ للبيهقى، الشهادات ، باب الإختلاف فى اللعب بالشطرنج . ٣٠٣/١٥ برقم ٢١٥٣٧ .

وفى الفتاوى : سئـل عـمن قال لامرأته " إن لم أشبعك من الجماع فأنت طالق" ؟ قـال : لايـعـرف ذلك إلا بـقـولها ، فقال الفقيه أبو الليث والشيخ الإمام أبو حفص البـخـارى : إنـه إن جـامعها و دام على ذلك حتى انزلت فقد أشبعها فلا تطلق ، و به نأخذ، **وفـى فتـاوى الفضلى :** "إن لـم أطـأك كـالـدر فـأنت طالق ثلاثا" فهذا على الـمبـالـغة فـى الـجـماع ، فإن بالغ لم تطلق و إلا تطلق، **وفـى الـجامع الأصغر :** أن الجماع كالدر أن ينزلا جميعا فى ذلك الجماع .

٧٢٧١:- إذا قال لها "إن لم أطأك مع هذه المقنعة فأنت طالق ثلاثا" ثم قال لهـا "إن و طـأتك مع هذه المقنعة فأنت طالق ثلاثا" ، فالحيلة فى ذلك أن يطأها بـغيـر مقنعة ، ولا يقع الطلاق ما دامت المقنعة قائمة وهما حيان ، فإن مات أحدهما أو هـلكت المقنعة وقع الطلاق ؛ لأن العدم قد تحقق ، إذا قال لها " إن لم أجامعك عـلى رأس هذا الرمح فأنت طالق" فالحيلة فى ذلك أن يثقب السقف و يخرج رأس الـرمـح مـن السـطـح فيـجامعها، ولو قال لها "إن لـم أجامعك و سط السوق فأنت طـالـق" فـالـحيـلة فـى ذلك أن يـحملها فى العمارى و يدخل السوق و يفعل ذلك الفعل ، **وفى الكافى :** ولـو قال "إن لم أجامعك فى حيضك فأنت طالق" فحاضت و طهـرت فـادعـى الجماع فى الحيض لاتطلق ، ولو قال "عبده حر إن طلقتك" ثم خيـر ها فقالت" "اخترت نفسى" فى المجلس وادعى "أنك أخذت بعمل آخر قبل الاختيار" وأنكرت وقع الطلاق والعتق .

٧٢٧٢:- وفى الحجة : "إن دخلت دار فلان و يدخل فلان دارك فأنت طالق" تـطلق بدخول كل واحد منهما، **وفيها** "إن نـمت الليل فى هذه الدار فهى طالق" وقد انفجر الصبح وهو لايعلم لا يحنث فى يمينه ، **وفى النوازل :** وهو بمنزلة رجل قال "إن صـمت أمس فامرأته طالق" لايحنث بهذه اليمين" ولو قال " إن لم أبت الليل فى هذه الـدار فـامـرأته كذا" و قد تنفس الصبح وهو لايعلم لايحنث عند أبى حنفية و محمد رحمهما اللّٰه تعالىٰ، **وفى الخانية :** رجـل قال لامرأته : "إن مشطت أحدا فأنت طالق "فـأتـت الـمرأة امرأة أخرى قد سرحت رأسها فعقدت شعرها قالوا: تطلق امرأته ، قال مولانا رضى اللّٰه عنه : وكان فى هذا الجواب نظر ، لأن ذلك لايعد مشطا.

۷۲۷۳:- وفی الحاوی : "إن اشتريت أمة أو أتزوج عليك امرأة فأنت طالق واحدة" قالت "لاأرضى بواحدة" فقال "فأنت طالق ثلاثا إن لم ترضى بواحدة" قال: هذا الكلام يراد به هذا الشرط لا الابتداء ، يعنى لايقع فى الحال شئ .

و فيه : قال لها "إن كان اللّٰه يعذب الموحدين فأنت كذا" قال : لايحنث مالم يتبين : قال الفقيه . لأن من الموحدين من يعذب و منهم من لايعذب فاشتبه الأمر فلا يقصى بالشك ، **وفيه :** سرقت من دراهم زوجها من كيسه فخلطتها بدراهم غيره فقال الزوج : "إن لم تردى الدراهم بعينها فأنت كذا" قال : ترد عليه واحدا واحدا ، **م :** إذا قال لامرأته "إن بت الليلة إلا فى حجرى فأنت طالق" فباتت فى فراشه ولم يأخذها فى حجره حقيقة لايقع الطلاق ، لو قال بالفارسية : بكنار من اندر ! و باقى المسألة بحالها يجب أن تطلق ، إذا قال لها " إن لم أبت معك الليلة مع قميصك هذا فأنت طالق ثلاثا" و قالت المرأة "إن بت معك الليلة مع قميصى هذا فجاريتى حرة" فالحيلة فى ذلك أن يلبس الرجل ذلك القميص و يبيتان و لا يحنثان.

۷۲۷٤:- م : إذا قال لامرأته: "إن لم يكن ذكرى أشد من الحديد فأنت طالق "، حكى عن شمس الأئمة الحلوانى أنها لاتطلق بهذه اليمين أبدا.

۷۲۷٥:- وفی النوازل : و سئل أبو القاسم عن رجل قال لامرأته "إن كلمت فلانة فأنت طالق ثلاثا" فدعيت امرأة الحالف إلى عرس ، فدخلت النساء متنقبات تنظر إلى الختن ، فجاء ت امرأة متنقبة إلى امرأة الحالف و قالت لها : اين شاه! فأجابتها امرأة الحالف : شاه ! ولم تزد على ذلك ولم تعرفها فكشفت تلك المرأة عن وجهها فإذا هى التى كان حلف عليها الزوج؟ قال أبو القاسم : إذا كلمت المرأة بهذه المقالة على وجه الاستفهام : إنك تريدين الشاه ؟ فقد كلمتها و حنث فى يمينه، قال الفقيه : إنه لايحنث بهذا المقدار من الكلام مالم يكن كلاما مفهوما.

۷۲۷٦:- وفی النوازل : سئل أبو القاسم عن رجل قال لأخيه وهو شريكه "إن شاركتك بعد ذلك فحلال اللّٰه علىّ حرام من المرأة إلى المال" فافترقا ثم بدا لهما أن يشتركا ، وللحالف ابن غير مدرك قال : كيف الوجه فيه حتى لايحنث ؟ قال : يدفع ماله إلى ابنه مضاربة بنصيب قليل ، ويأذن له أن يعمل فيه برأيه ثم

يشارك الابن معه ، فاذا عمل كان الربح الذى للابن على ما اشتر طا و لا يحنث.

۷۲۷۷:- وفى العتابية : ولـو قال "إن دخلت دار فلان فأنت طالق" ، فمات فـلان فـدخلتها فإن لـم يكن على الميت دين مستغرق لايحنث ، قال الفقيه : و عليه الفتوى ، وقال محمد ابن سلمة : يحنث، **وفيها :** سئل أبو القاسم عن رجل قال "إن أمسـكـت دوابـى أكثـر مـن يـوم النيروز و تمشى واحدة منها فى دارى بعد النيروز فـامـرأتـى طالق" فباع بعض دوابه قبل النيروز و بعضها يوم النيروز ، فلما مضى يوم الـنيروز دخلت واحدة مـن الـدواب الـمبيـعة داره قـال : لايحنث فى يمينه ، وإنما وقـعت يمينه على الإمساك ، **وفـى تجنيس الناصرى :** ولـو قال لامرأته : اگر چهار دست وپاى توزه نكنم فأنت طالق ! لايقع ما داما حيين .

۷۲۷۸:- م : إذا قـال لها "إن شتمتنى فأنت طالق ، وإن لعنتنى فأنت طالق" فـلـعـنتـه ، قـال محمد ابن سلمة : تقع تطليقتان، و قال نصير : تقع تطليقة واحدة . **وفى النوازل :** قـال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ، **م :** ولو قالت، لابارك اللّٰه فيك" لا تـطلق ، وكذلك لو قالت له " يا جاهل ، يا حمار، يا أبله" لا تطلق ، ولو قال لها: إن شتـمتـنى فأنت طالق" فقالت له : اى سياهه ! فهذا شتم عرفا : وإن كان لايجب به الـحـد فتـطلق بحكم العرف ، **وفـى الحاوى :** ولـو قـال "إن قـذفتنى فأنت طالق" فقالت : "يا ابن الزانية" لايحنث، قال الفقيه : لكن فى زماننا يحنث .

۷۲۷۹:- وفـى الخانية : قـال رجـل لامـرأته: "إن شتمت أمى ، أو ذكر تها بسـوء فـأنـت طـالـق " ، ثـم قال لامرأته: "كانت أمك سلام عليك " فقالت "لابل أمك" قـالـوا : إن كـان ذلك فى بلد يعدون هذا ذكرا بسوء نحو أهل بلخ و غيرهم طـلـقت امرأته ، أما فى عرفنا فهو عبارة عن إنشاء السلام فلا يكون هذا ذكرا بسوء فلا تطلق ، ولو قال لها : "إن شتمتنى فأنت طالق" فلعنته طلقت امرأته ، **م :** ولو قال لها "إن شتـمتـنى فأنت طالق" فقالت المرأة لولدها الصغير : أى بد پدر بچه ينظر : إن قـالت ذلك لكراهة عن الولد لايقع الطلاق ، و إن قـالـت لكراهة عن الوالد تطالق ، قال لامرأته : " إن أغـضبك فأنت طالق" فضرب صبيا لها فغضبت ينظر : إن ضربه

فـي شـئ يـنبغى أن يضرب و يؤدب عليه لا تطلق ، و إن ضـربـه فى شئ لاينبغى أن يضرب و يؤدب عليه تطلق .

٧٢٨٠:- إذا قال لامرأته : "إن لم أقل عند أخيك بكل قبيح فى الدنيا عنك غـدا فـأنت طالق ثلاثا " ، فهذه اليمين لاتقع على جميع أنوا ع القبائح ، و إنما تقع عـلـى ثـلاث مـن أنـوا ع الـقبـائـح و الـفـواحــش ، فإذا قال ثلاثا من أنوا ع القبائح والـفواحش عند أخيها عنها بر فى يمينه ، **وفى الخانية :** إن قال مع أخيها عنها بما هـو مـن أخـلاق الـلئام و اللصوص والخادعين والقاتلين يصير بارا فى يمينه و يأثم بـذلك ، قـال الـفـقيـه أبـو الليث : ينبغى للحالف أن يقول عند الأخ بعد ما قال من القبائخ " إنـمـا قـلـت ذلك لأجل اليمين وهى بريئة عن ذلك " فيكون هذا توبة منه عما قال و يكون بارا، **وفى النوازل :** ولو قال له له قبل ذلك لايجوز ؛ لأنه لا يكون بعد ذلك قول قبيح .

٧٢٨١:- وفى اليتيمة : سئل والدى عمن قال لامرأته فى حالة الغضب :"إن لـم أكسـر عـظامك و شججت لحومك فأنت طالق ثلاثا"؟ فقال : لو ضربها حتى لاتـكـاد تبرح عن مكانها ، لايحنث ، ويكون هذا مجازا عن الضرب الشديد ، قال رضى اللّٰه عنه : ولم يتعرض لهذا الفصل أنه يحل له هذا الفعل حتى ينجو عن اليمين ؟ يـنبـغـى أن لايحل له ذلك ، وسئل أيضا عمن قال لامرأته " إن لم أوذ منك الشجات فأنت طالق ثلاثا" ؟ فقال : لو آذاها أذى بليغا و ناقشها فى كل أمر لايحنث .

٧٢٨٢:- وفى الحاوى : قال لها :"إن تـكونى امرأتى فأنت كذا" قال : إن لـم يـطـلـقهـا تطليقة بائنة عند فراغه من اليمين طلقت ثلاثا، **وفيه :** قـصدت إمرأته الـخـروج مخافة ضربه فأخرجت إحـدى رجـليها من الدار فقال لها"حلال اللّٰه على حرام إن خـرجت" فخرجت و قامت خارج الدار ولم يعلم الزوج أنها خرجت فقال "إن خرجت فان أنفقت عليك فحلال الله على حرام" فعلم أنها كانت خرجت قال : إن كانت له نية الطلاق من غير نية العدد فقد طلقت واحدة ، وله أن يتزوجها .

٧٢٨٣:- وفى النوازل : سـئل أبو القاسم عن رجل له ابنة صغيرة ، فزوجها من ابـن رجـل فـقيـل : الرجل لابنه فأدرك الغلام و دخل بها وهى غير مدركة و أتى على

ذلك أيام ثم قال الغلام "هذه المرأة زوجها مني والدي إن كان والدي زوجها مني فهي طالق ثلاثا "؟ قال أبو القاسم : إن أراد الحالف بيمينه : إن كان أبي زوجها مني بعد قبول النكاح ! فإن كان زوجها منه فهي طالق ، و إن لم يكن زوجها منه بعد قبول النكاح لم يقع الطلاق ، **وفي الكبرى :** إذ قال " إن وضعت قدمي دار فلان فامرأته طالق، فوضع إحدى رجليه في الدار لم يحنث ؛ لأنه صار كناية عن الدخول .

٧٢٨٤:- وفي الولو الجية : رجل اتهمته امرأته بجارية ، فقال بالفارسية : اگر پيش آيم ويرا فأنت طالق! فمر بها لايحنث ؛ لأنه وقع على مسيس بدلالة الحال . **م :** رجل قال لها "إن لم تكوني على أهون من التراب فأنت طالق" ، إن استهانها استهانة تعد إفراطا فيها لا يحنث ، دعا امرأته إلى فراشه فقالت المرأة "ما تصنع بي ما تكفيك فلانة ؟" لامرأة أجنبية فقال الزوج ، " إن كنت أحبها فأنت طالق" تكلموا فيه، قال الصدر الشهيد : والمختار أنه لايقع الطالق و إن كان يحبها مالم يقل الزوج : أحبها .

٧٢٨٥:- وفي فتاوى أبي الليث : رجل هدد أحدًا بالسلطان فقال المهدد "إن كنت أخاف من السلطان فامرأتي طالق" إن لم يكن به ساعة ما حلف خوف من السلطان ، ولا كان بسبيل من الخوف بجناية جناها يخاف من مثلها السلطان، رجوت أن لاتطلق امرأته .

٧٢٨٦:- قيل لرجل : هذا يقول من السكر ! فقال "امرأته طالق إن قلت هذا من السكر ولست بسكران" فيمينه على مايسميه الناس سكران ، فإذا تغير كلامه و مقالته ، فالناس يسمونه سكران فتطلق امرأته ، **وفي الخانية :** سكران قال لامرأته: "وهبت داري هذه لك" ثم قال " إن لم أقل هذا من قلبي فأنت طالق ثلاثا" ثم أفاق ولم يذكر شيئا من ذلك قالوا : لاتطلق ، سكران قالت له امرأته : سربر زمين نه فقال : اگر من سربر زمين نهم ترا طلاق، فتنفس فقال : بكن مراد خويش ، قالوا : إن كان سكوته لانقطاع النفس صح الاستثناء ويخرج وضع الرأس على الأرض بمراده عن أن يكون شرطا للحنث ، و إن كان سكوته لا لانقطاع النفس لايصح الاستثناء، فإن قال السكران "لست أذكر شيئا" كانت يمينه يمين فور ؛ لأنه يريد به الفور ظاهرا .

٧٢٨٧:- وفي الولوالجية : رجل طلق امرأته ثم قال: " إن راجعتها فهي

طالق ثلاثا" فانقضت عدتها فتزوجها لم تطلق، ولو كان الطلاق بائنا تطلق ؛ لأن المحل لايقبل ، فانصرفت إلى الرجعة مجازا و هو النكاح ، **وفی الملتقط :** ولو قال: "إن أردت أن أتزوج فلانة فهی طالق ثلاثا " ثم تزوجها لايقع ، **وفی الكافی :** قال للمختلعة فی العدة " إن أنت امرأتی فأنت طالق ثلاثا " إن لم يرد بهذا الكلام الإيقاع لا يقع ؛ لأنها ليست بامرأته .

۷۲۸۸:- وفی الولوالجية : رجل قال: " إن فعلت كذا فكل امرأة اتزوجها فهی طالق" فتزوج ثم فعل لاتطلق ؛ لأن المعلق بالفعل طلاق المتزوجة بعده ، فإن نوى تقديم النكاح على الفعل صحت النية، رجل قال " إن أكلت من خبز والدتی مالم أتزوج فاطمة فكل امرأة أتزوجها فهی طالق ثلاثا" فأكل ثم تزوج فاطمة تطلق.

۷۲۸۹:- م : سئل أبو القاسم عن النساء يجتمعن و يغزلن لأنفسهن ولغيرهن ، فغضب زوج إمرأة فقال لها " إن غزلت لأحد أو غزل لك أحد فأنت طالق" ثم امرأة منهن وجهت إلى بيت هذه المرأة قطنا لتغزله لها فغزلته أمها؟ قال: إن كان من من عادة أو لئك النسوة أن كل واحدة تغزل بنفسها لا تطلق مالم تغزل هی بنفسها .

۷۲۹۰:- إذا قال لامرأته " إن لم أطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا" فالحيلة فی ذلك أن يقول لها: "أنت طالق ثلاثا على ألف درهم" فتقول المرأة "لاأقبل" فإن فی هذه الصورة لايقع الطلاق فی رواية عن أبی حنيفة ، وبه أخذ كثير من المشايخ ، **وفی الخانية :** وعليه الفتوى ، **وفی الحجة :** وفی قياس الروايات الظاهرة أنه لايبر فی يمينه مالم يوقع عليه، **م :** ولو قال لها: " إن لم أطلقك اليوم ثلاثا على ألف درهم فكذا" فهو على ما قال لها "أنت طالق ثلاثا على ألف درهم" فقالت: "لا أقبل" لايلزمه الحنث، وهذا الجواب يجب أن يكون على الروايات كلها، **وفی الملتقط :** ولو قالت : "طلقنی ثلاثا" فقال : اگر آرزوی تو هم چنين است، ولم يقل شيئا آخر لا تطلق ، ولو قال : اگر تو گرد پيرامن آستان خويشان من غردی فأنت طالق ! فحامت حولهم ولم تدخل طلقت .

۷۲۹۱:- م : إذ قال لامرأته : اگر بخانه اندر آتش باشد ترا طلاق ! فإذا فی البيت سراج قال الفقيه أبو الليث : إن كانت يمينه لأجل إيقاد النار تطلق امرأته ، وإن

كانت يمينه لأجل اصطباح و نحوه لاتطلق امرأته ، و إن لم تكن له نية لا تطلق.

۷۲۹۲:- وفی فتاوی الفضلی : إذا قال لها " إن سألتنی الليلة طلاقك فلم أطلقك فأنت طالق ثلاثا" فقالت المرأة " إن لم أسألك الليلة طلاقی فجميع مالی صدقة فی المساكين" فسألت المرأة الطلاق فی الليلة فقال لها الزوج: "أنت طالق إن شئت" فقالت "لاأشاء" و مضت الليلة لا تطلق ، **وفی الخانية :** ويكون الزوج بارا، **م :** ولو قال لها " إن دخلت الدار فأنت طالق" فمضت الليلة، **وفی الظهيرية :** ولم تدخل ، تطلق ثلاثا، [رجل قال لامرأته " إن قلت لك يازانية فأنت طالق" ثم قال لابنها "يا ابن الزانية" طلقت امرأته ، فإن نوى أن يوجهها دين فيما بينه و بين اللّٰه تعالیٰ ، ولا يدين فی القضاء ،**وفی النوازل :** سئل أبو جعفر عن رجل قال لامرأته "إن آذيتك فأنت طالق ثلاثا" فاشتری جارية و تسری بها هل تطلق؟ قال : إن لم يكن عند يمينه ما يصرف معنی الأذی إليه سوی ما فعل طلقت امرأته].

۷۲۹۳:- م : وفی فتاوی أبی الليث : إذ قال لها بالفارسية : از تو فردا زن من باشی فأنت طالق ثلاثا ! فخلعها بعد ما طلع الفجر من الغد ينظر : إن كان مراد الزوج من كلامه السابق منع كونها امرأة له فی شئ من الغد فإذا أخر الخلع إلی ما بعد طلوع الفجر طلقت ثلاثا، و إن لم تكن له نية إذا خالعها قبل غروب الشمس من الغد لاتطلق بحكم اليمين ، ولو خالعها قبل غروب الشمس ثم تزوجها فی اليوم الجائی لاتطلق بحكم اليمين، **وفی فتاوی أهل سمرقند :** إذا قال لها بالفارسية ليلا : اگر ترا بشب دارم فأنت طالق ثلاثا ! فطلقها فی الليلة تطليقة بائنة ، و مضت الليلة ثم تزوجها فی الغد لاتطلق، وكذلك إذا قال لها نهارا : اگر ترا امروز دارم ! فطلقها تطليقة بائنة فی هذا اليوم و مضی اليوم لاتطلق ، **وفی الخانية :** ولو قال : اگر از سرخندهٔ تو بخورم ترا طلاق ! آن زن گندم سرخندهٔ خويش را بفروخت و گندم ديگر بخريد به بهای وی وسوی آن گندم خريده بخورد لا يقع الطلاق.

۷۲۹٤:- وفی النوازل : سئل أبو جعفر عن رجل قال لامرأته : إن سألنی اللّٰه من أجلك بسبب المهر وغيره ترافروختم بدان طلاق كه ترابر من است فقالت: اشتريت هل تطلق؟ قال : لايقع الطلاق ، وسئل أيضا عن رجل قال

بالفارسية : اگر مراجز فلانة زن باشد، و سماها، هزار طلاق داده و أراد الرجل أن يتزوج بغيرها ؟ قال : ينبغى أن يبدأ و يتزوج امرأة سوى التى يريد نكاحها بمهر قليل فتطلق ثلاثا و يلزمه نصف مهرها ثم يتزوج التى يريد نكاحها بما أحب من المهر فلا تطلق إن لم تكن له نية كل امرأة يتزوجها، و سئل أبو بكر عن رجل أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال لها "إن لم تدخلى معى فى البيت فأنت طالق ثلاثا" فلم تدخل معه فى ذلك الوقت و دخلت فى وقت آخر؟ قال : إن دخلت البيت بعد ما سكنت شهوته لم ينفعه ذلك و قد طلقت .

۷۲۹٥:- وفى الخانية : رجل قال : اگر امشب درين سراى باشم فامرأته كذا و توجه من ساعته للخروج فهم و صار بحال لايمكنه أن يخرج حتى أصبح؟ قال أبو القاسم : حنث فى يمينه ، رجل قال لامرأته : اگر تو زن من بودى يا باشى فأنت طالق ثلاثا تطلق، و إن تزوجها بعد ذلك لايحنث مرة أخرى .

۷۲۹٦:- وفى الحاوى : "إن تركت فلانة تدخل دارى فأنت كذا" فمرت هى على السطح من غير علم هذه المرأة التى حلف عليها زوجها قال : لم يحنث، رجل قال لامرأته بالفارسية : اگر تو امشب درين خانه باشى فأنت كذا ! فخرجت مع زوجها من ساعتها ، و باتت معه فى منزله ، فإن أراد بذلك أن ينتقل بمتاعها و قماشها يحنث إذا تركت قماشها ثمة ، و إن أراد النقل بنفسها لا غير لايحنث ، و إن أشكل على المرأة حلفته ، فإن حلف فحسابه على اللّٰه تعالىٰ ، و هذا ظاهر فيما إذا وقت فقال : اگر درين روز اينجا باشى، و إن وقت بسنة كان ذلك على الانتقال بنفسها و متاعها ، و إن لم يوقت و لم تكن له نية وقت اليمين يحمل على الانتقال بنفسها .

۷۲۹۷:- م : وفى فتاوى أبى الليث : رجل طلق امرأته ثلاثا ، فتزوجت بزوج آخر ، ودخل بها الزوج الثانى ، وفارقها فقيل للزوج الأول : لم لا تتزوجها ؟ فقال بالفارسية : اگر كار من بأو نيكو شود اگر از جنابت هيچ مرا سرشته است فهى طالق ثلاثا ثم تزوجها ؟ قال : إن كا أراد بقوله "نيكو شود" أن يتزوجها طلقت ثلاثا، و إن أراد بقوله "نيكو شود" أن تصير حلالا له لاتطلق، فهذا الجواب مستقيم فيما إذا أراد

بقوله "حلال شود" حل التزوج، أما إذا أراد به حل الوطئ بالتزوج ينبغي أن تطلق .

٧٢٩٨:- وفيه أيضا : إذا قال لها " إن تزوجت عليك ما عشت ، فحلال الله على حرام" ثم قال لها "إن تزوجت عليك فالطلاق على واجب" ثم تزوج عليها امرأة قال : يقع على كل واحدة تطليقة ، وتطليقة أخرى يصرفها إلى أيتهما شاء ، فإذا تزوج إمرأة انحلت اليمينان ، فيقع باليمين الأولى على كل واحدة تطليقة، ويقع باليمين الثانية طلاق إحدا هما ، فيصرفه الزوج إلى أيتهما شاء ، هكذا أجاب في فتاوى أبي الليث و فيه نظر ، و ينبغي أن لاتطلق باليمين الثانية ، يتعلق إيجاب الطلاق بالتزوج و تعليق إيجاب الشرط ، بخلاف تعليق نفس الطلاق، وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحدا هما يصرفه الزوج إلى أيتهما شاء .

٧٢٩٩:- إذا قال لامرأته في حالة الغضب: "إن فعلت كذا إلى خمسين سنة تصيري مطلقة متى" و أراد بذلك تخويفها ففعلت ذلك الفعل قبل انقضاء المدة التي ذكرها فإنه يسأل الزوج : هل كان حلف بطلاقها؟ فإن أخبر أنه كان حلف يعمل بخبره و يحكم بوقوع الطلاق عليها ، و إن أخبر أنه لم يحلف قبل قوله .

٧٣٠٠:- وفي النوازل : سئل أبو نصر عن رجل قال لامرأته بالفارسية : اگر تو با كسي حرام كني فأنت طالق ثلاثا، ثم طلقها واحدة بائنة ، ثم جامعها في عدتها هل يقع الطلاق عليها؟ قال : إنما كان المراد منه غيره ، ثم قال : حتى أنظر فيه ، فلم يجب ؛ قال الفقيه : إن في هذه المسألة اختلافا ، على قول أبي حنيفة و محمد تقع عليها ثلاثة ، و على قياس قول أبي يوسف لاتقع .

٧٣٠١:- و سئل أبو جعفر عن رجل قال لامرأته: " إن تزوجت عليك أو اشتريت جارية ما عشت أنت بغير مرادك، فحلال الله على حرام" ثم قال في اليوم الثاني "إن تزوجت عليك امرأة أو اشتريت جارية بغير مرادك ، فالطلاق على واجب" ثم تزوج عليها و اشترى جارية أيضا ؟ قال : تقع على كل واحدة منهما تطليقة متى تزوج بقوله "حلال الله على حرام" و تقع بقوله"الطلاق عليّ واجب" تطليقة فيصرفه إلى أيتهما شاء، ثم إذا اشترى جارية لايلزمه شئ ، ولو بدأ فاشترى جارية وقعت على المرأة تطليقتان ، ثم إذا تزوج امرأة لا يقع عليها شئ.

٧٣٠٢:- وفی الخانية : رجل قال لامرأته : هزار طلاق اگر فلان كار كنی! وأراد به التعليق لايتعلق، ولو قال : اگر فلان كار كنی هزار طلاق يتعلق ، هكذا قال صاحب الكتاب ، و قال غيره من المتأخرين : فی الوجهين جميعا يتعلق ،**وفی الخانية أيضا :** رجل قال لامرأته : اگر نباشی فأنت طالق واحدة و ثنتين و ثلاثا فقالت : می باشم! تقع الثلاث، و علی هذا : رجل لامه أبوه لأجل امرأته فقال الابن : اگر ترا خوشی است پس دادمش سه طلاق، فقال الأب : مراخوشی است ، ولو قال : اگر تو بخواهی ترا طلاق ، فقالت : میخواهم ، لاتطلق .

٧٣٠٣:- وفی الخانية : رجل قال لامرأته : اگر برگ توت تو بسود و زيان من در آيد فأنت طالق ، فأخذت من تلك الأوراق وألقت علی دوده بغير أمره لايحنث ، كما لو أعلفت دابته بذلك بغير أمره، رجل دفع إلی رجل مصحفا ليصلحه فقال : اگر بسود و زيان من درآيد فكذا ، فقرأ الحالف فيه حنث فی يمينه، ولو وهب من آخر لايشترط العوض ثم عرضه الموهوب له لا يحنث ، ولو باعه حنث ، قال مولانا رحمه اللّٰه : وينبغی أن لايحنث إذا قرأفيه لأنه لا يراد باليمين ذلك .

٧٣٠٤:- رجل قال لامرأته " إن دخلت دار أخی فأنت كذا" فسكن أخ الحالف دار أخری ، ودخلت المرأة تلك الدار الجديدة قال بعضهم : إن كانت يمينه لغيظ لحقه من تلك الدار لايحنث فی يمينه ، و إن كانت يمينه لأجل الأخ حنث فی يمينه ، و إن لم تكن له نية يحنث فی قول أبی حنيفة و محمد ، فإن دخلت المرأة الدار التی كانت لأخيه وقت اليمين، إن كانت الدار فی ملك أخيه إلا أنه لايسكن فيها حنث فی يمينه ، و إن خرجت تلك الدار عن ملك الأخ بعد اليمين ببيع أو بهبة أو غير ذلك و مات الأخ صارت داره ميراثا لورثته، فإن دخلت بعد ما صارت ملكا لأحد الورثة بالقسمة لايحنث ، و إن دخلت قبل القسمة اختلفوا فيه والأصح أنه لا يكون حانثا ، و إن مات صاحب الدار ، وعليه دبن مستغرق فدخلتهاحنث فی يمينه .

٧٣٠٥:- رجل قال لامرأته " إن حللت التكة بالحرام منذ امرأتی فأنت كذا" فقالت "أخذنی رجل و جامعنی كرها" قالوا : إن كانت بحال لاتقدر علی

المنع لایحنث ، و إن قدرت حنث إذا صدقها الزوج فی ذلك ، رجل قال لامرأته "إذا دخلت الشام فإن لم أفارقك فأنت طالق" فهذا علی الأبد، ولو قال "ولم أفارقك" یکون علی الفور حین تدخل .

۷۳۰۶:- امرأة قالت لزوجها "إنك نمت مع الجاریة" فقال الزوج "إن نمت مع الجاریة فأنت طالق ثلاثا" وقالت المرأة "إن کانت فی یمینك هذه معنی فإنها طالق" فقال الزوج : "نعم" فإن کان الزوج لم یعن معنی سوی ما یطلق به لایحنث ولایکون حانثا. ولو قال : " إذا طلقت واحدة فهی بائنة" أو قال : "فهی ثلاث" و طلقها واحدة بعد الدخول طلقت واحدة رجعیة فی قوله: "بائنة " و کذا فی قوله: " فهی ثلاث" .

۷۳۰۷:- رجل قال لامرأته "إن لم تجیئینی بمتاع کذا فأنت طالق" فبعثت المرأة بتلك المتاع علی ید إنسان، فإن کان الحالف نوی وصول المتاع إلیه، لا یحنث لأنه نوی محتمل لفظه ، و إن لم ینو شیئا أو نوی حملها بنفسها حنث ، ولا تکون الیمین علی الوصول إلا بالنیة .

۷۳۰۸:- رجل أبان امرأته فقیل له "إنك تراجعها بعد شهر " فقال الزوج: "إن راجعتها فهی طالق ثلاثا" فتزوجها فی العدة حنث فی یمینه ، و إن کان الطلاق رجعیا فتزوجها لایحنث فی یمینه .

۷۳۰۹:- رجل قال لامرأته: " إن اغتسلت عن جنابة ما دمت امرأتی فأنت طالق ثلاثا" و ذکر هذا القول مرتین أو ثلاثا و کانت المرأة حاملا فلم یجامعها حتی وضعت حملها بعد ما مضت أربعة أشهر من وقت الیمین، بانت بواحدة بحکم الایلا، و تنقضی عدتها بوضع الحمل ، فإن و طأها بعد ذلك کان واطئاً للأجنبیة و علیه التوبة والاستغفار ، ولها علیه مهر مثالها إن لم یعلم الزوج أن کلامه کان إیلاء وأنها حرمت علیه بطلت الیمین ، فإن تزوجها بعد ذلك بانت امرأته بتطلیقتین ولا یحنث بو طئها بعد ذلك .

۷۳۱۰:- امرأة قذفها رجل بالزنا فقال زوجها " إن لم تثبت زناها الیوم فهی طالق ثلاثا" فهو کما قال، إن لم تثبت زناها الیوم تطلق ثلاثا، و إثبات ذلك

يكون باقرار المرأة أو بأربعة شهود ، رجل قال لامرأته : اگر حرام كدرۂ تراسه طلاق، وقد كانت قبلت رجلا غير محرم ، أو جامعها أجنبى فيما دون الفرج لايحنث فى يمينه ؛ لأن يمينه تقع على الجماع عرفا ، رجل قال لامرأته: "إن فعلت حراما فأنت طالق ثلاثا" ثم إنها تكلمت بالكفر ولم يعلما بالحرمة ، وأقاما على ذلك أياما لايحنث فى يمينه .

۷۳۱۱:- م : وفى فتاوى شمس الأئمة الأوز جندى : إذا قال لامرأته : "إذا دخلت الدار صرت مطلقة" فدخلت فقال الزوج "أردت تخويفها" لايصدق ، و إذا قال لامرأته: "إذا طلقتك فأنت طالق" فلم يطلقها حتى مات طلقت ثنتين،**وفى الخانية :** فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ولو بدأ فقال " إذا لم أطلقك فأنت طالق و إذا طلقتك فأنت طالق" و مات قبل أن يطلق فهى طالق واحدة، **وفى السغنافى :** وعلى قياس قولهما ينبغى أن لاينتظر الموت ، بل كما سكت يحنث فى قوله "إذا لم أطلقك فأنت طالق"، **م : وفى جامع إسماعيل بن حماد:** إذا قال لها : "أنت طالق إذا لم أطلقك ، و إن طلقتك فأنت طالق" فهى امرأته حتى يموت ، فإن طلقها طلقت ثنتين ، و إن لم يطلقها طلقت واحدة إذا مات أو ماتت ، و إذا قال لامرأته و لم يدخل بها "إن خلوت بك فأنت طالق" فخلا بها طلقت و عليه نصف المهر ، و هكذا روى عن محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ .

۷۳۱۲:- إذا قال :" إن خطبت فلانة ، أو قال : كل امرأة أخطبها فهى طالق" فاليمين لا تنعقد حتى لو تزوج فلانة فى الصورة الأولى، أو تزوج امرأة فى الصورة الثانية لاتطلق، و هذا فى لسان العربية ، أما بالفارسية إذا قال : اگر فلانه را بخواهم ، أو قال : هر زنى كه بخواهم ففى كل موضع يريدون بهذا اللفظ نفس الخطبة لاتنعقد اليمين، وفى كل موضع يريدون بهذا اللفظ التزوج تنعقد اليمين إذا كان مراده هذا، ويقع الطلاق إذا تزوجها ، وفى عرف ديارنا قوله "بخواهم" تفسير قوله: "نكحت، أو تزوجت" فتنعقد اليمين ، **وفى الذخيرة :** ولا يحنث بالخطبة ، فإذا تزوجها يقع الطلاق ، ولو كان الرجل عارفا بحقيقة هذا اللفظ أنها للخطبة فقال : عنيت بها الخطبة لا يصدق قضاء و يصدق ديانة ، ولو قال : اگر فلانه را

خـواهـم كـه بزنى كنم فهذا تفسير الخطبة فى عرفنا، فلا تنعقد اليمين بهذا اللفظ ، حتـى لـو تزوجها لايقع الطلاق ، ولو قال بالفارسية : اگر دختر فلان مرا دهند ويرا طـلاق فتـزوجهـا لا تطلق ، ولو قال : بزنى دهند و باقى المسألة بحالها إذا تزوجها تطلق، هكذا ذكر الفضلى فى فتاواه ، ومن المشايخ من قال : لا تطلق فى الوجهين، **وفى الغياثية :** هـو الـمختار، وهو نظير ما لو قال لامرأة: " إن جـلست فى نكاحك فـأنـت طـالـق، فـجـلس ثم تزوجها لا تطلق ، و قيل : ينبغى أن تطلق فى الوجهن ، والـجـواب فـى قـولـه : اگـر دختـر فـلان بمن به زنى داده شود وى را طلاق نظير الجواب فى قوله اگر دختر فلان بمن بزنى دهند ، **وفى فتاوى الخلاصة :** ولو قال : اگـر زن كـنـم هذا بمنزلة قوله : إن تـزوجـت امرأة ، ولو قال : اگر زن آرم اختلف الـمشـايخ فيه ، و الفتوى على أنه على الزفاف ، **وفى الخانية :** ولـو قال لوالديه: "إن زوجتـمانى امرأة فهى طالق" فزوجاه امرأة بأمره قالوا : لا تصح هذه اليمين ولا تطلق ، و قال الشيخ الامام أبو بكر محمد ابن الفضل : تصح و تطلق هو الصحيح .

۷۳۱۳:- ولـو قال لمنكوحته: "إن تـزوجتك" أو قال: "اگربزنى كنم" ينصرف ذلك إلـى الـعـقد ، وكذلك لو قال : اگر ترا نكاح كنم ينصرف ذلك إلـى الـعقد و هو الصحيح، ولو قال بالعربية: " إن نـكحتك" يقع على الوطئ ، **وفى الفتاوى الخلاصة :** فـى قـوله بالفارسية : اگر ترا نكاح كنم ينصرف إلى الوطئ ، ولو قال للمطلقة طلاقا رجعيا : اگر ترا بزنى كنم ينصرف إلى العقد ، فإن نوى الرجعة صحت نيته ، و عند الاطلاق ينصرف إلى العقد، **وفى الكبرى :** حـلف كـه زن نيـارم اختـلف المشايخ أنه يقع على الفعل وهو أوردن أو على العقد؟ قال الشيخ أبو أيوب : يقع على العقد .

۷۳۱٤:- م : إذا قال: " إن ضـربـت فامرأتى طالق" فخرج منه الضراط من غيـر قـصـد لاتـطـلـق ؛ لأن يـمـيـنه وقعت على العمد ، وهو نظير ما لو حلف أن لا يدخل، فادخل مكرها ، أو حلف أن لايخرج فأخرج مكرها .

۷۳۱٥:- قـال لامرأته: " إن اشتـريـت جـارية فـدخـلـت عليك الغيرة فأنت طـالـق" فهـذا على وجود الغيرة وقت الشراء لابعده ، قال الفقيه أبو الليث : يشترط

لـو قـو ع الـطـلاق أن تظهر الغيرة بلسانها ، أما لو دخلت الغيرة فی قبلها ولـم تظهر بلسانها لا تطلق ، **وفی الخانية :** کـمن حلف لا يعادی فلانا فعاداه بقلبه ولـم يظهر بـلسانه وجوار حه لايحنث فی يمينه ، **م :** وعـن أبی يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ فيمن قـال لامرأته: ”إن سـررتك فـأنـت طـالـق“ فضربها فقالت ”سرنی ذلك“ قال : هذا لايـکون علی الضرب و إنـمـا هـذا علی ما يسرها من قبل ، فإن أعطاها ألف درهم فقالت ”لم تسرنی ، قال : القول قولها ، قال الفقيه أبو الليث رحمه اللّٰه : إنه يحتمل أنها کانت تطلب الألفين فلم تسرها الألف .

۷۳۱٦:- وفـی المنتقی : رجـل قـال لامرأته ”أنت طالق إن کلمتك إلی سـنة“ فـقـال لهـا : ”اذهبی يا عدوة اللّٰه“ فقد کلمها ، **وفـی الخانية :** وحنث فی يمينه ، **م :** ولـو قـال: ”فـاذهبـی“ أو قال :” و اذهبی“ لاتطلق مالـم يکلمها بکلام آخر، **وفيـه أيضا:** إذا قال لأجنبية : ” إن تـزوجـت عـليك فـانتما طالقان“ أو قال: ”فـأنت وهی طالقان“ فتزوجها ثم تزوج عليها طلقت ، **وفی الکافی :** ولو قال ”إن تزوجت عليك فالتی أتزوج طالق“ فطلق امرأته طلاقا بائنا ثم تزوج امرأة أخری فی عدتها لاتطلق التی تزوجها.

۷۳۱۷:- وفی الملتقط : ولو قال لامرأته : تو فلان کار کرده ؟ فقالت : اگر کـر ده ام خـوش أور ده ام ، فـقـال الزوج : اگر کرده فأنت طالق ، و المرأة تحلف أنها لـم تفعل طلقت لاقرار الزوج بفعلها ، و إذا قال : ”إن فعلت کذا فامرأتی طالق“ ولـه امرأتان فالتعيين إليه ، وکذا إن کانت إحـداهما فی العدة من طلاق رجعی ، ولـو قيـل لـه : زن از تـو بسـه طـلاق کـه فـلان بـخـانه تو اندر نيست ، فقال : بخانه انـدرهسـت ، لا يـکـون يمينا ولا تطلق ، لو قال : اگر من می خورم هر چه مرا حلال است وهرچه بدست راست گيرم بر من حرام ، فشرب الخمر طلقت امرأته تطليقتين .

۷۳۱۸:- وفی النوازل : وسئـل أبو جعفر عن رجل حلف بطلاق امرأته أن لاتـخرج من الدار ، وکانت بجنب داره خربة مفتوحة إلی الشارع ، وقد سد باب الخربة و أخذت خوخة ، دريچه، إلـی داره بمرافقها، فخرجت المرأة من الخوخة هل يحنث ؟ قال : إن کانت الخربة أصغر من الدار رجوت أن لايحنث، وسئل عن

رجل قال لامرأته : " إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق" فدخلت كرمًا فى الدار؟ قال نصير : إن كان الكرم أصغر من الدار لايحنث ، وإن كان أكبر فإنه يحنث ، و إن كان بذ كرها لايفهم الكرم يحنث، وسئل أبو القاسم عن رجل قال لامرأته: "إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق" وكان الكرم مقدار جريب ملازق هذه الدار ، وكان طريق الكرم فى الدار ، فخرجت المرأة من الدار إلى الكرم ؟ قال: إن لم يكن للكرم باب إلى موضع آخر ويعد من الدار لم يحنث ، و إن كان لايعد من الدار لكبره وله باب يفتح إلى غير الدار فإنه يقع الطلاق ، وسئل محمد بن الأزهر عن امرأة أعارت دابة ، فلما ردها المستعير قال زوجها: " إن الدابة صارت معيبة" وأنكرت المرأة فقال الزوج: " إن لم أريك الساعة فأنت ثلاثا كذا وكذا ، و نوى بذلك طلاقا، قال أبو نصر : أخاف عليه الطلاق إن انقضت الساعة التى حلف عليها ولم يريها العيب .

۷۳۱۹:- وفى الظهيرية : رجل قال لامرأته: " إنك تفسدين كل طعام ، فإن أدخلت إليك طعاما إلى شهر فأنت طالق" فأدخل الحالف لآخر لحما ليحمل إليهم لايحنث فى يمينه ، **وفى اليتيمة :** سئل أبو حامد عن رجل قال لامرأته: "أنت طالق إن خرجت من هذه الدار" ثم سكت ساعة فقال: "و إن ذهبت إلى باب الدار" هل يلحق الثانى بالأول ؟ فقال : إن كان الشرط عليه يلحق ، و إن كان له لا يلحق، **وفى الحجة :** " إن تزوجت نساء فهن طوالق" فمتى تزوج واحدة طلقت ، ثم أعادها و تزوجها : أو تزوج أخرى لايقع ، قاله محمد بن الفضل ، وقال أحمد بن سهل: يقع على كل امرأة مرة ، وفى قوله " إذا تزوجت امرأة سواك" قال أبو جعفر : يقع على امرأة واحدة ، ولكن الفتوى على أنه يقع على كل امرأة .

۷۳۲۰:- وفى الذخيرة : رجل قال : اگر من دختر خويش بكسى دهم يا روا دادم كه ويرا بكس دهند فامرأته طالق ، ثم ندم على ذلك وأراد أن يزوج من غير أن يقع الطلاق على امرأته ، فالحيلة فى ذلك أن تو كل الابنة رجلا ليزوجها إن كانت بالغة ويقول الأب "لا أجيز ما تصنعون" فيجوز النكاح ولا تطلق امرأته .

۷۳۲۱:- م : سئل الفقيه أبو جعفر عن ترمذى تزوج ببلخ امرأة بلخية ، ثم

إنها ذهبت إلى ترمذى بحيث لا يعرفها زوجها ثم قيل له : إن لك بترمذ امرأة فقال "إن كان لى بترمذ امرأة فهى طالق ثلاثا"؟ قال أبو نصر : لا تطلق وبه قال أبو يوسف ، و قال غيره : تطلق وبه قال محمد و قال : و هذا أحب إلى ، ثم قال : إن أخذ أحد بقول أبى نصر يصيب ، فعلى هذا إذا تلففت امرأة فقيل لرجل : هذا امرأتك ، ثم قيل له : احلف بالطلقات الثلاث إن كان لك امرأة سواها ، فحلف فاذا المتلففة أجنبية هل تطلق امرأته ؟ فالمسألة تكون على الخلاف ، قال الصدر الشهيد : المختار للفتوى أنها تطلق فى الفصلين قضاء لا ديانة ؛ و هو نظير مالو لقنت المرأة زوجها طلاقها فطلقها و هو لا يعلم به ، **وفى النوازل :** فى المسألة المتقدمة وهو قوله "إن كان لى بترمذ امرأة فهى طالق" قال الفقيه : و روى عن محمد بن الحسن أنه قال : إذا مات أحد هما سقطت يمينه ، وهو القياس وبه نأخذ.

۷۳۲۲:- وفى الخانية : رجل قال لجماعة بالفارسية : اگر خانۂ من مهمان برو ند فامرأته طالق، فذهبوا إلى بيته ولم يأكلوا شيئا لا يحنث فى يمينه، رجل قال "إن كان اللّٰه يعذب المشركين فامرأته طالق" قالوا : لا تطلق امرأته لأن من المشركين من لايعذب فلا يحنث، رجل قال "إن كذبت فامرأتى طالق" فسئل عن أمر فحرك رأسه بالكذب لايحنث مالم يتكلم.

۷۳۲۳:- و إذا قال لامرأته "أنت طالق فى صومك" ونوت الصوم طلقت متى يطلع الفجر، ولو قال "أنت طالق فى صلاتك" لم تطلق حتى تركع و تسجد لأنه جعل الصوم الشرط فصار كمالو ذكر حرف الشرط، ولو قال "أنت طالق لدخولك الدار و لحيضتك" تطلق فى الحال ، ولو قال "أنت طالق بدخولك الدار و بحيضتك" لا تطلق حتى تدخل و تحيض ، و كذا لو قال "فى دخولك الدار وفى حيضتك".

۷۳۲٤:- وفى فتاوى ماوراء النهر : إذا قال الرجل لامرأته "إن اشتريت بالخبز ماء فأنت طالق" فجاء السقاء بالماء إلى بيتها، فاشترت منه الماء بالخبز تطلق ، ولو كانت دفعت الخبز إلى السقاء أو لا ليحمل الماء بهذا لاتطلق ، وقيل : تطلق ، **وفى الظهيرية :** رجل قال لامرأته " إن اشتريت لك ماء فأنت طالق" فدفع إلى السقاء درهما ليصب الماء فى الخابية هل يحنث فى يمينه ؟ قيل : ينظر ، إن كان

الماء فى الكيزان عند دفع الدرهم إليه يصير مشتريا ، أما إذا لم يكن يصير مستاجرا.

٧٣٢٥:- وفى الخانية : رجل قال لامرأته: "إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ثلاثا" و غاب فلان ، وأقامت امرأة الحالف البينة أن الغائب طلق امرأته بعد يمين زوجها قال أبو نصر الدبوسى : لاتقبل هذه البينة ، وهو الصحيح ، وهذا بخلاف مالو علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار ، فأقامت امرأة الحالف البينة أن فلانا دخل الدار فإنها تقبل ، و يقضى بطلاق الحاضرة .

٧٣٢٦:- رجل قال لامرأته: "إن وطأت أمتى فأنت طالق" فقالت الأمة : وطأنى ! وكذبها المولى كان القول قول المولى ، فان علمت المرأة بذلك لايسعها المقام معه ، ولا أن تدعه يجامعها ، و إن قال المولى : اگر كرده ام خوش آورده ام ، كان ذلك إقرارا منه و يحنث فى يمينه .

٨٣٢٧:- امرأة كانت تبكى فى بيتها فقال زوجها لصهرته "إن لم تخرجى ابنتك من هذا البيت و تبكى هناك فهى طالق" فخرجت المرأة ثم دخلت فبكت فقال الفقيه أبو الليث : إن كان يسمع بكائها فى البيت أحد طلقت إذا بكت ؛ لأنه إنما منعها من البكاء لأجل ذلك ، و إن لم يكن كذلك فأخرجت قبل أن تبكى بعد اليمين بطل اليمين فلا يحنث ببكائها بعد ذلك ، رجل قال لامرأته: " إن دخلت دار فلان بغير مرادى و هواى فأنت طالق" فان أرادت أن تذهب إلى دار فلان فقال : تو مى رو بر من چه آيد ، هذا وعيد وليس باذن فاذا دخلت يحنث .

٧٣٢٨:- امرأة كانت مع زوجها فى بيت قريب لها ، وقال لها فى الليل "إن بت الليلة فحلال الله علىّ حرام" فخرجت من ساعتها و باتت فى موضع أتاها زوجها ، قالوا : إن أراد الزوج تحويلها بنفسها لايحنث ، والقول فى ذلك قوله ،م : سئل أبو نصر الدبوسى عمن قال: " إن تزوجت فلانة أبدا فهى طالق" فتزوجها مرة حتى طلقت ، لو تزوجها مرة أخرى لاتطلق.

نوع آخر فى ذكر مسائل الشرط بكلمة "كل" و "كلما"

٧٣٣٠:- إذا قال "كل امرأة لى ببخارى فهى طالق" فتزوج امرأة ببخارى

طلقت، ولو تزوج امرأة فی غير بخاری نقلها إلی بخاری لا تطلق .

۷۳۳۱:- إذا قال: "كل امرأة أتزوجها فی قرية كذا فهی طالق، فتزوج امرأة فی تلك القرية : إن كانت من أهل تلك القرية لاشك أنها تطلق ، و إن كانت من غير أهل تلك القرية لم يذكر هذا الفصل ثمة ، و ينبغی أن تطلق لأنه تزوجها فی تلك القرية، و إنما عقد اليمين علی كل امرأة يتزوجها فی تلك القرية ، ولو أخرج امرأة من تلك القرية و تزوجها خارج القرية لاتطلق . ولو قال "كل امرأة أتزوجها من تلك القرية فهی طالق" فتزوج امرأة من أهل تلك القرية حيثما تزوجها تطلق.

۷۳۳۲:- وفی الكبری : إذا قال: "كل امرأة أتزوجها فهی طالق وأنت" طلقت المخاطبة للحال، و إن قال: "إن تزوجت امرأة فهی طالق وأنت " لم تطلق المخاطبة حتی يتزوج امرأة ، **وفيها :** رجل أراد أن يتزوج امرأة و كانت له امرأة، فأبی أهل المرأة أن يزوجوها منه لما أن له امرأة أخری، فذهب الخاطب بامرأته الأولی المقبرة وأجلسها هناك ثم قال لأهل هذه المرأة "كل امرأة لی سوی التی فی المقبرة فهی طالق ثلاثا" فحسبوا أن ليس له امرأة فی الأحياء فزوجوها منه صح النكاح ولا يحنث ، وهذا الاحتيال فی الاعتاق أيضا .

۷۳۳۳:- وفی السغناقی : ولو قال لامرأته المدخول بها "أنت طالق" ثم قال: "كل امرأة لی طالق" يقع عليها طلاق آخر. إذا قال : هر زنی كه مرابود تاسی سال فهی طالق ، فإن لم ينو شيئا يقع الطلاق علی التی يتزوجها، ولا يقع علی التی كانت عنده وقت اليمين ، لأن قوله "هرزنی كه او رابود" صار عبارة عن قوله "هر زن كه او رابزنی كند" عرفا فانصرف المطلق إليه" و كذا الجواب فيما إذا نوی ما يستفيدها ، هكذا اختيار الفقيه أبو الليث ، وحكی عن بعض مشايخ بخاری أن قوله "بود" يقع علی امرأته التی تحته للحال ، و إن نوی الحالية وما يستفيدها ينصرف إليهما ، و إن نوی الحالية غير ما يستفيد لم ينقل عن المتقدمين فی هذا الفصل شئ ، هكذا ذكر الصدر الشهيد فی واقعاته ، قال : و الظاهر أنه يقع عليهما ، وأما إذا قال "هرزنی كه او راباشد" فهذا وما لو قال "هر زنی كه اورا بود" سواء ، قال : فأما إذا قال : هر زنی كه أو را بود و باشد ، حكی عن شيخ الإسلام

أبـى الـحسـن بـن عطاء أنه قال : كان المتقدمون من مشايخ سمر قند يقولون : إن هـذه اليـميـن لاتـنـعـقد على قياس قول أبى حنيفة ، فأما مشايخنا من أهل سمرقند كـانـوا يـقـولـون بصحة هذه اليمين وانعقادها ، **وفـى الخانية :** والـصـحيح ما قال مشـايخنا من أهل سمر قند ، **م :** وهـكـذا حكى عن مشايخ بخارى كانوا يقولون بـأن قـولـه "بـود" يقع على المرأة التى تحته للحال ، و قوله "باشد" يقع على المرأة التـى يستـفيـدهـا فيقع الطلاق عليها من غير نية ، و بعضهم كانوا يقولون بأن هذه المسألة و المسألة الأولى سواء : لا يقع الطلاق على المرأة التى تحته فى الحال إلا بالنية ،**وفى الفتاوى الخلاصة :** قوله "بود" لا يجعل فاصلا، وفى فوائد شمس الاسلام الأوز جندى فى باب السير: أنه يجعل فاصلا ، والفتوى على أنه لا يجعل فاصلا .

٧٣٣٤:- وفى الذخيرة : لـو قال : هر زنى كه بكند وبود وباشد ويرا طلاق أگـر فـلان كـار بكند ، أو قال هر زنى كه بخواهد بود و باشد فهاهنا أحد الألفاظ يـعتبر لغوا بالاتفاق فيصير فاصلا ، **م : وفى فتاوى النسفى :** إذا قال : اگر فلان كار كنم هر زنى كه بخواهم خواستن از من طلاق ، ففعل ذلك ثم تزوج إمرأة لاتطلق ، **وفـى الولوالجية :** لـو قال: "كل امرأة أتـزوجهـا مـا دامت فلانة حية فهى طلاق" فاليمين على غيرها ، وكذا لو قال: "كل امرأة أتزوجها مادامت فلانة حية ، أو حتى تموت" فاليمين على غيرها.

٧٣٣٥:- وفى الكبرى : قـال لأربـع نسـوة له "كل امرأة لم أجامعها منكن الـليلة ، فالأخريات طوالق" فجامع واحدة ، وقد طلع الفجر ، طلقت هى والثلاث ، **فيها :** "كل امرأة أتزوجها فهى طالق" ثم قال : نويت فى بلد كذا ، أو كانت اليمين عـلـى الإمـاء ، فـقـال : نـويـت الـروميات ، لاتصح نيته فى ظاهر المذاهب ، و قال الـخـصـاف : تـصح ، هكذا ذكر فى الكتاب مطلقا لكن هذا فى القضاء ، فأما فيما بينه و بين اللّٰه تعالىٰ تخصيص العام صحيح بالإجماع ، وما قاله الخصاف مخلص لـمـن يـحلفه الظالم ، والفتوى على ظاهر المذهب ، لكن من وقع فى أيدى الظلمة فأخذ بقول الخصاف فلا بأس به .

٧٣٣٦:- وفى الكافى : ولـو قـال "كل امرأة أملكها فهى طالق إن دخلت

الـدار" أو قـدم الـدخـول ، يتنـاول مـن فى ملكه لا من سيملك ، فإذا وجد الشرط طـلـقـت من كانت فى ملكه لاغير ، و كذا العتق ، فان عنى به الاستقبال صدق فى التغليظ فتطلق من كانت فى ملكه باعتبار الظاهر و من سيملك باقراره .

٧٣٣٧:- وفى الخانية : ولو قال "إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهى طالق" لايقع الطلاق على التى تزوجها قبل الكلام ، كانت اليمين مطلقة أو موقتة ، فـان نـوى وقـوع الـطـلاق عـلى التى تزوجها قبل الكلام صحت نيته ، لأن الكلام يحتمل التقديم والتأخير ، فيقع الطلاق على المتزوجة قبل الكلام بنيته، و على التى تـزوجها بعد الكلام بظاهر اللفظ، فيقع الطلاق عليهما جميعا ، قال الفقيه أبو الليث : قـوله "كل امرأة تكون لى" و "كل امرأة أتزوجها" سواء ، و إن نوى من كانت فى نكاحه ،ومن يتزوجها بعد اليمين فى تلك المدة، صحت نيته ؛ لأنه نوى من تكون فى نكاحه وقت الشرط إن كانت اليمين معلقة ، و إن نـوى الحالية غير ما يستفيد بعد اليمين دخلت الحالية فى يمينه بحكم النية، ومن يتزوجها بعد ذلك بحكم ظاهر اللفظ ؛ لأن هذا الكلام يتناول ما يستفيد ظاهرا فلا يملك صرف اليمين عما يستفيد .

٧٣٣٨:- م : إذا قـال الـرجل لرجلين: "كلما أكلت عند كما طعاما فامرأته طـالـق" فتـغـدى عـندهما اليوم ، وتغدى عند الآخر من الغد، طلقت امرأته ثلاثا، و كذلك إذا قال لأحدهما "كلما أكلت عندك طعاما، ثم أ كـلـت عـنـد هذا فامرأته طالق" كان الجواب كما قلنا.

٧٣٣٩:- الـمـعـلى عن أبى يوسف : إذا قـال الـرجـل لامـرأتـه "كل امرأة أتـزوجها من أقرانك ، أو قال : من أسنانك . فهى طالق، أو قال : فأنت طالق" فكل امرأة ولدت معها فى سنها فما دونها فهى من أقرانها و أسنانها.

٧٣٤٠:- ابـن سـماعة عن أبى يوسف : إذا قـال "كـلـمـا تزوجت امرأتين فـاحـداهـما طالق" فتزوج أربعا طلقت ثنتان منهن، و الخيار إليـه ، عن محمد رحمه الله: و إذا قـال الـرجـل لامـرأته "كل امرأة أتزوجها من أهل بيتك فهى طالق" و لها ابنة ، فان كان نوى ابنتها دخلت تحت اليمين ، و إن لـم يكن نواها لـم تدخل ، وأما أهل بيت المرأة من كانت من قبل أبيها أخواتها و عماتها و بنات أخيها .

۷۳٤۱:- وفی الخانية : رجل له أربع نسوة قال "كل امرأة لی طالق إذا دخلت هذه الدار"ثم طلق واحدة بعينها تطليقة بائنة، ثم دخلت الدار، وهی فی العدة طلقن جميعا، رجل قال "كل امرأة لی طالق" ينوی بذلك من كانت فی نكاحه، و من يستفيدها بعد ذلك، لايقع علی من يستفيد .

۷۳٤۲:- وفی النوازل : قال نصير : سألت الحسن بن زياد عن رجل قال لامرأته "كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق ، كلما دخلت هذه الدار دخلتين فأنت طالق" فدخلت الدار دخلتين؟ قال : تطلق ثلاثا.

۷۳٤۳:- وفی الأصل : إذا قال لامرأته وقد دخل بها " إذا طلقتك فأنت طالق" فطلقها واحدة فانه تقع عليها ثنتان ، فان قال : عنيت به الاخبار عن كونها طالقا إذا طلقها ! فانه لايصدق فی القضاء و يصدق فيما بينه و بين اللّٰه تعالیٰ. كما لو قال لها "أنت طالق أنت طالق" و قال : عنيت بالثانية الإخبار ؛ و كذلك إذا قال "متی طلقتك فأنت طالق" فانه تقع عليها ثنتان ، **وفی الخانية :** و كذلك لو قال "متی ما طلقتك ، أو قال : إن طلقتك".

۷۳٤٤:- و إذا قال لها:" كلما طلقتك فأنت طالق" ثم طلقها واحدة تقع عليها تطليقتان ، ولو قال لها: "كلما وقع عليك طلاقی فأنت طالق" فطلقها واحدة، فانه تقع ثلاث تطليقات.

۷۳٤٥:- وفی الجامع : رجل قال لامرأتين له وقد دخل بهما: "كلما حلفت بطلاق كل واحدة منكما فكل واحدة منكما طالق" قال ذلك مرتين : تقع علی كل واحدة منهما تطليقة بالحنث فی اليمين ؛ ألا تری لو قال:"كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فكل واحدة منكماطالق" وباقی المسألة بحالها تقع علی كل واحدة منهما تطليقتان ! ولو قال" كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهی طالق" قال ذلك مرتين وقع علی كل واحدة منهما تطليقة، و كذلك إذا قال "كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فصاحبتها طالق،أو قال : فالأخری طالق". ولو قال "كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فواحدة منكما طالق، أو قال : فإحدا كما طالق" فتقع تطليقة واحدة علی إحداهما بغير عينها والخيار إلی الزوج . **م :** رجل

لـه امـرأتـان دخـل بواحدة منهما دون الأخرى فقال "كـلـما حلفت بطلاق واحدة مـنكما فأنتما طالقان" قال ذلك ثلاث مرات طلقت المدخول بها ثلاثا وغير المدخول بها ثنتين. **وفی الخانية :** رجـل قال "كلما قعدت عندك فامرأته طالق:" فقعد عنده ساعة طـلـقـت ثلاثا ، لأن الدوام على القعود و على ما يستدام بمنزلة الإنشاء ، ولو قال "كلما ضـربتك فـأنـت طـالـق" فـضـربها بيديه جميعا طلقت ثنتين ، فإن ضربها بكف واحدة لاتطلق إلا واحدة و إن وقعت الأصابع متفرقة .

٧٣٤٦:- وفـی الملتقط : ولـو قـال "كـل إمرأة أتزوجها عليك فهی طالق. يـعنی : علی رقبتك" لا يحنث إذا تـزوج امـرأة أخری . ولو قال "كل جارية أطاها فهـی طالق حتی أرجع" ثم اشتری أو تزوج لايحنث ، ولو قال "كل جارية أشتريها فأطأها فهی حرة" لايحنث إذا و طأها إذا عنی بالوطئ الوطء بالرجل .

٧٣٤٧:- وفـی الـكافی : ولـو قـال لامـرأتـه: "كـلـما ولدت فأنت طالق لـلسـنة" فـولـدت ثلاثة أولاد فی بطن واحد ، وقع عليها الطلاق إذا طهرت من نـفـاسها بعد الولد الثالث عند أبی حنيفة و أبی يوسف رحمهما اللّٰه ، ثم الطلاق الثانی يتأخر إلی الطهر الثانی ، و الطلاق الثالث يتأخر إلی الطهر الثالث ، و عند مـحـمد رحمه اللّٰه تعالیٰ الحامل لا تطلق للسنة إلا واحـدة ، والنفاس من الولد الأخيـر ، فـإذا ولـدت الأول وقع الطلاق ، و إذا ولـدت الثـانـی لايقع شئ" و إذا ولـدت الثـالـث مضت العدة التی وجبت بالطلاق عند ولادة الأول ولـم يقع شئ، فإذا نكحها بعد ذلك فی النفاس، أو بعده طلقت أخری بالكلام الثانی الذی صار كالملفوظ به عند ولادة الثانی، فإن تزوجها ثالثا لـم يقع شئ.

٧٣٤٨:- وفـی الخانية : ولـو قـال: "كـل امرأة أتزوجها مالم أتزوج فاطمة فهـی طالق" فماتت فاطمة أو غابت فتزوج غيرها، طلقت فی الغيبة، ولا تطلق فی الـمـوت فـی قول أبی حنيفة و محمد رحمه اللّٰه ؛ لأن عندهما يمينه تبطل بالموت فلا يحنث فی ذلك . **وفيها :** رجـل يـعلم أنه كان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها ولا يـدری أنه كان بالغا وقت اليمين، أو لـم يكـن فتزوج امرأة لـم يحنث ، لأنه شك فی صحة اليمين فلا يحنث بالشك.

۷۳٤۹:- وفی الفتاوی الخلاصة : ولو قال لامرأته: ”إن طلقتك فكل امرأة أتزوجها فهی طالق“ فطلقها ثم تزوجها لاتطلق . وكذا لو قال ”إن زنيت فلانة . أو خاطبها فقال : إن زنيتك فكل امرأة اتزوجها فهی طالق“ فزنا بها ثم تزوج، فالمزنية لا تطلق ، **وفی الكافی :** ولو قال ”كل امرأة لی و كل امرأة أنكحها إلی سنة فهی طالق إذا دخلت الدار“ و له امرأة فنكح أخرى، وطلقها قبل الوطئ، ثم نكحها فی السنة، فدخل الدار طلقت القديمة ثنتين بالدخول، والجديدة واحدة بالدخول . فإن دخل الدار بعد ما طلقها، ثم نكحها طلقت القديمة واحدة بدخول الدار، ولا تطلق الجديدة . ولو قال ”كل امرأة لی و كلما نكحت امرأة إلی سنة فهی طالق إن دخلت الدار“ فطلقها، ثم تزوجهما ثم دخل الدار ، طلقت كل واحدة ثنتين عند دخوله الدار . و طلقتا ثلاثا باليمين المضافة إلی التزوج والعقد ، و علی الثانية طلاق بالتزوج الأول، وطلاق بالتزوج الثانی ، فلما دخل الدار حنث فی الكل وقد وقع بالايقاع طلاق آخر علی كل واحدة ، فإن دخل الدار قبل التزوج ثم تزوجهما فی المدة ، طلقت كل واحدة واحدة بدخول الدار . ولو قال : ” كلما نكحت امرأة فهی طالق إن دخلت الدار“ فتزوج امرأة ، وبانت بردة ، ثم تزوجها ثانيا فبانت بردة ، ثم تزوجها ثالثا ثم دخل الدار : طلقت ثلاثا بدخول واحد. ولو قال: ”كلما تزوجت امرأة فدخلت الدار فهی طالق“ أو قال: ”كل امرأة أتزوجها فدخلت الدار فهی طالق“ لايقع بالدخول إلا واحدة .

م : نوع آخر فی عطف الشروط بعضها علی البعض

۷۳٥۰:- يجب أن يعلم بأن الحالف إذا ذكر شرطين، و ذكر بينهما جزاء، يقرر كل شرط فی موضعه ، و يعتبر الشرط الأول شرطا لانعقاد اليمين ، والشرط الثانی شرطا لانحلال اليمين و نزول الجزاء .

۷۳٥۱:- و بيان هذا الأصل فيما إذا قال ”كل امرأة أتزوجها فهی طالق إن كلمت فلانا“ فتزوج امرأة قبل الكلام ، وامرأة بعد الكلام ، تطلق المتزوجة قبل

الكلام ، ولا تطلق المتزوجة بعد الكلام عند أبی يوسف و محمد رحمهما اللّٰه. هكذا ذكر المسألة فی الجامع ، و روی أصحاب الأمالی عن أبی يوسف أنه تطلق المتزوجة بعد الكلام ، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام ، وما ذكرفی الجامع قول أبی يوسف آخرا ، و بعضهم قالوا : فی المسألة روايتان عن أبی يوسف : هذا إذا لم يوقت لذلك وقتا ، أما إذا وقت لذلك وقتا بأن قال: "كل امرأة أتزوجها أبدا ، أو قال : إلی ثلاثين سنة " تطلق المتزوجة قبل الكلام ، و المتزوجة بعد الكلام ، و هذا إذا قدم ذكر الوقت ، فأما إذا قدم ذكر الكلام بأن قال: " إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها أبدا، أو قال : إلی ثلاثين سنة . فهی طالق" تطلق المتزوجة بعد الكلام ، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام ، ثم إذا لم يذكر الوقت حتی لم تطلق المتزوجة بعد الكلام، أو كلم فلانا مرة أخری هل تطلق؟ **ذكر فی الجامع :**أنها لا تطلق .

۷۳۵۲:- هذا كله إذا ذكر الحالف شرطين و ذكر بينهما جزاء ، فأما إذا ذكر شرطين، ولم يذكر بينهما جزاء ، و إنما ذكر الجزاء عقيبهما، فإن ذكر بين الشرطين حرف العطف يتعلق الجزاء بهما، ويصيران فی معنی شرط واحد . بيانه فيما إذا قال لها: "إن دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق" فانها لم تطلق مالم تدخل الدارين . و إن لم يذكر بينهما حرف العطف يجعل الشرط [الأول شرطا لنزول الجزاء وانحلال اليمين ، ويجعل الشرط] الثانی شرطا لانعقاد اليمين . بيانه فيما إذا قال: "كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهی طالق" فتزوج إمرأة قبل الدخول، وامرأة بعد الدخول ، تطلق المتزوجة بعد الدخول ، ولا تطلق المتزوجة قبل الدخول ، ويصير تقدير المسألة : إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهی طالق، وهو معنی قول محمد فی الكتب : الشرط إذا اعترض علی الشرط قبل مجازاة الأول بشئ يجعل المقدم مؤخرا والمؤخر مقدما.

۷۳۵۳:- وإن ذكر شرطين وقدم الجزاء عليهما إن جمع بينهما بحرف الجمع ، يتعلق الجزاء بهما أيضا . بيانه فيما إذا قال لها: "أنت طالق إن دخلت هذه الدار وهذه الدار" فانها لا تطلق مالم تدخل الدارين . و إن لم يجمع بينهما بحرف الجمع ، يجعل الشرط الثانی شرط انعقاد اليمين . بيانه فيما إذا قال لأجنبية

"أنت طالق إن أتزوجك إن كـلمت فلانا" فكلم فلانا ثم تزوجها لا تطلق، ولو تزوجها أولا ثم كلم فلانا لا تطلق ، هذا إذا لم يذكر كل شرط بصريح حرف الشرط .

٧٣٥٤:- وأما إذا ذكـر كـل شـرط بـصريح حرف الشرط فإن ذكر الجزاء بيـنهـما ، يقرر كل شرط فی موضعه" و يعتبر الشرط الأول شرطا لانعقاد اليمين ، و يـعتبـر الشـرط الثـانـی لانـحلال اليمين و نزول الجزاء . بيانه فيما إذا قال لها " إن دخـلت هذه الدار فأنت طالق إن كـلـمت فلانا" فدخلت الدار، ثم كلمت فلانا، تطلق ، ولو كلمت فلانا أولا ثم دخلت الدار لاتطلق .

٧٣٥٥:- وإن ذكـر الجزاء أولا : إن جـمـع بيـن الشرطين بحرف الجمع، فـانـه يـعتبـر كـل شـرط شـرطـا لنزول الجزاء ولا يشترط اجتما عهما ، و إذا وجد أحـدهـمـا و نزل الجزاء تبطل اليمين . بيانه فيما ذكر القدوری : إذا قال لها "أنت طـالق إن دخـلت هذه الدار، و إن دخـلـت هـذه الـدار الأخرى" فدخلت إحدى الـداريـن ، طلقت وبطلت اليمين ، وكذلك الجواب فيما إذا قـال لها: " أنت طالق إن دخلت هذه الدار و إن كلمت فلانا".

٧٢٥٦:- وفی الذخيرة : فی نوادر بشر عن أبی يوسف رحمه اللّٰه فيمن قال لامرأته: " إن دخـلـت هذه الدار و خرجت فأنت طالق" فاحتملها إنسان وأدخلها وهـی كـارهة ثـم خـرجت بنفسها و دخلت ولـم تخرج وقع الطلاق ، لأن الواو لا تـقتـضی الترتيب ، وتقتضی الجمع ، وكان الشرط وجودهما وقد وجد ، وكذلك الـقيـام والـقعود والصوم والإفطار و ما أشبه ذلك ، ولو قال لها وهی حائض :" إذا حـضـت و طهـرت فـأنـت طـالـق" فـطهـرت من هذا الحيض، ثم حاضت لم يقع الـطـلاق حتی تطهر ، وكذلك لو قال لها وهی حبلی: " إذا حبـلـت و ولدت فأنت طـالـق" فـولـدت ثـم حبـلـت ، لم تطلق مالم تلد كما فی الحيض و الطهر . وكذا الزرع والحصاد بأن قال: " إن زرعت أرضی وحصدت أرضی" والأرض مزروعة ؛ الأصل فيه : أن كل شئ فی العادة يتعقب أحد الأمرين فيه الاآخر يعتبر فيه الترتيب، فـرع عـلـی مسألة الزرع فقال : لو لـم تكن الأرض مزروعة فزرعها الحالف بنفسه، وحـصـد غيـره ، ثـم زرع غيـره و حـصـده هـو بنفسه ، لايحنث فی اليمين علی أن

يحصد ما يزرع بنفسه . ولو قال لها: " إذا تو ضأت و صليت فأنت طالق" فصلت وهى على غير وضوء" ثم تو ضأت ، وقع الطلاق قبل أن تصلى، قال الفقيه أبو العباس : الصواب عندى أن يقال : صلت على وضوء كان قبل اليمين ثم توضأت ، ولو قال لها: "إن غزلت ثوبا و نسجته فأنت طالق" فنسجت ثوبا من غزل غيرها، ثم غزلت ثوبا ، ولم تنسجه لا تطلق مالم تغزل و تنسج ذلك ، فهذا مثل الحبل والولادة ، ولو قال لامرأته: " إذا تزوجتك و طلقتك فعبدى حر" فطلقها واحدة بائنة ، ثم تزوجها عتق عبده ، وهذا مثل الدخول والخروج .

٧٣٥٧:- م : وأما إذا لم يجمع بينهما بحرف الجمع ، يجعل الشرط الآخر مقدما على الجزاء ، حتى يصير الجزاء بين الشرطين ، ويصير الشرط الآخر شرطا لانعقاد اليمين ، ويصير الشرط الأول شرطا لانحلال اليمين . بيانه فى **الجامع :** إذا قال "عبدى حر إن دخلت الدار إن كلمت فلانا" فدخل الدار أولا ثم تكلم فلانا لا يعتق عبده ، ولو تكلم فلانا ثم دخل الدار عتق ؛ فان ذكر الجزاء آخرا فما لم يتكلم فلانا لا يعتق عبده ، ولو تكلم فلانا ثم دخل الدار عتق ؛ و إن ذكر الجزاء آخرا إن جمع بين الشرطين بحرف الجمع ، ففى قول محمد رحمه الله يعتبر كلاهما شرطا واحدا ، ويشترط وجودهما لنزول الجزاء ، وفى قول أبى يوسف رحمه الله يعتبر كل شرط شرطا لنزول الجزاء ، ولا يشترط وجودهما لنزول الجزاء . بيانه فيما ذكر القدورى : إذا قال لها: "إن دخلت هذه الدار و إن دخلت هذه الدار الأخرى فأنت طالق" فعلى قول محمد رحمه الله : لا تطلق إلا بعد دخول الدارين، وعلى قول أبى يوسف : تطلق بدخول إحدى الدارين .

٧٣٥٨:- وإن لم يجمع بين الشرطين بحرف الجمع ، يجعل الشرط الأول مؤخرا عن الجزاء حتى يصير الجزاء بين الشرطين، ويعتبر الشرط الأول شرطا لانحلال اليمين ، والشرط الآخر شرطا لانعقاد اليمين . بيانه فيما ذكر **فى الجامع :** إذا قال " إن دخلت الدار إن كلمت فلانا فعبدى حر" فدخل الدار أولا ثم كلم فلانا لا يعتق عبده ، ولو تكلم فلانا ثم دخل الدار عتق عبده . و روى عن محمد فى غير رواية الأصول: أنه رجع عن التقديم والتأخير فى الشرط المعترض على

الشـرط بـل قـرر كل شرط فى موضعه وأضمر حرف العطف حتى صار تقديم هذه الـمسـألة فيما إذا قـدم الـجـزاء و قال" عبدى حر إن دخـلـت الدار و إن كـلـمت فـلانا"فعبدى حر" ، وصار تقدير المسألة فيما إذا أخر الجزاء " إن دخلت الدار إن كـلـمـت فـلانـا فـعبدى حر" وصار تقدير المسألة فى قوله "كل امرأة أتزوجها إن دخـلـت الدار فهى طالق" : "كل امرأة أتزوجها فان دخلت الدار فهى طالق" فتطلق المتزوجة قبل الدخول ، ولا تطلق المتزوجة بعد الدخول .

٧٣٥٩:- وفى الكافى : ولو قال " إن دخلت الدار فعبدى حر، وإن كلمت فـلانـا فـامرأتى طالق" فأيهما وجد شرطه نزل جزاؤه و بطل غيره . ولو قال: " أنت طـالـق غـدا، أو عبـده حـر بـعـد غـد" فـجـاء غد لـم تطلق حتى يجئ بعد غد فنزل أحـدهـمـا، و خيـر فـى الطلاق والعتق فيلزم أيهما شاء . ولو قال " إن دخلت هذه الـدار أو هـذه فأنت طالق" أو قدم أو وسط حنث بدخول إحدا هما بكلمة "أو" . ولو قال "أنت طالق إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار الأخرى" أو وسط الجزاء فأيتهما دخلت حنث ، ولو دخلتهما لاتقع إلا واحدة .

٧٣٦٠:- و روى ابـن سماعة عن أبى يوسف: أن الحالف إذا ذكر شرطين مـرتيـن فـعـلا مـن حيث العرف نحوقوله " إن دعـوتنى إن أجبك فـعبدى حر، إن أكلت إن شـربـت فعبدى حر" فانه يعتبر هذا الترتيب الظاهر ، ويقرر كل شرط فى مـوضعه ، حتى إذا شـرب أولا ثـم اكل لايعتق عبده ، ولو اكل أولا ثم شرب يعتق عبده ؛ لأن الأكل يتقدم على الشرب فعلا من حيث العرف . و أما إذا ذكر شرطين غير مرتبين فعلا نحو قوله " إن أكلت إن كلمت فلانا" ونحو قوله " إن شربت إن كـلـمت "يجعل المقدم مؤخرا والمؤخر مقدما كما هو ظاهر مذهب محمد ، ولو قال لها " إن دخـلـت هـذه الدار فأنت طالق وهذه الدار ، فانها لاتطلق مالـم تدخل الدارين ، و إذا قـال الـرجل :"كل امرأة أملكها فهى طالق إن دخلت الدار ، أو قال "إن دخلت الدار و كل امرأة أمـلـكهـا فهـى طالق" وفى ملكه يوم اليمين امرأة ،ثم تزوج امرأة قبـل الـدخـول ، وامـرأة بعد الدخول، طلقت التى كانت فى ملكه يوم اليـميـن ،ولا تـطلق التى استفاد ها بعد اليمين ، فهذا استحسان ، والقياس أن تطلق

التى يملكها فى المستقبل ، ولا تطلق التى كانت فى ملكه يوم اليمين .

٧٣٦١:- وفى الخانية : ولو قال لامرأته :"إن دخلت الدار فأنت طالق و طالق و طالق إن كلمت فلانا" فالطلاق الأول والثانى يتعلق بالدخول، والطلاق الثالث يتعلق بالشرط الثانى، ولو دخلت الدار تطلق ثنتين ، ولو كلمت فلانا طلقت واحدة ، ولو قال : "إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا ، كان الطلاق المتعلق بالكلام جزاء الدخول ، حتى لو كلمت قبل دخول الدار ، ثم دخلت الدار لايقع شئ . **وفى الولوالجية :** ولو قال "امرأتى طالق إن دخلت الدار ، وعبدى حر على ، والمشى إلى بيت الله إن كلمت فلانا "فالطلاق على الدخول ، والعتق والمشى وعلى الكلام . **وفى الذخيرة :** ولو قال "امرأتى طالق اليوم ، وعبدى حر غدا ، فهو كما قال ، ولو قال "امرأتى طالق اليوم و عبدى حر ، وعلى المشى إلى بيت الله غدا" وقع الطلاق اليوم والعتق والمشى غدا. ولو عطف أحد الشرطين على الآخر بحرف الفاء بأن قال " إن دخلت هذه الدار فهذه الدار ، يشترط لو قوع الطلاق دخول الدارين كما لو عطف بحرف الواو . إلا أن فى هذه المسألة يجب أن يكون دخول الدار الثانية بعد دخول الدار الأولى ، وكذلك إذا عطف بكلمة "ثم" بأن قال : "إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار" . ولو قال : "إن دخلت هذه الدار و دخلت هذه الدار، أو قال : فد خلت هذه الدار" يشترط دخول الدارين فى الحرفين جميعا، إلا أن فى حرف الواو لا يعتبر الترتيب ، وفى حرف الفاء يعتبر الترتيب .

٧٣٦٢:- و روى عن محمد أنه إذا قال لها: "إن دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار " فأبانها ، ودخلت الأولى، ثم تزوجها فدخلت الثانية لم تطلق ، كأنه جعل دخول الدار الأولى شرطا لإنعقاد اليمين الثانية ، بخلاف قوله " إن دخلت هذه الدار و هذه الدار" . و روى عن أبى يوسف مثل ذلك فى مسألة أخرى أنه إذا قال لامرأتين: " إذا غشيت هذه فغشيت هذه الأخرى فعبدى حر" فليس الحلف على الأولى، ويكون موليا عن الثانية إذا غشى الأولى ، فجعل غشيان الأولى شرطا لانعقاد اليمين فى حق الثانية ؛ ثم قال : والفاء فى هذه المواضع لاتشبه الواو .

٧٣٦٣:- قال فى الجامع : إذا قال "إن دخلت هذه الدار، إن دخلت هذه

الدار فعبدى حر" والدار واحدة ، فالقياس أن لايحنث حتى يدخل دخلتين ، وفى الاستحسان يحنث بدخلة واحدة ، وكذلك إذا قال : "إن كلمت فلانا إن كلمت فلانا" و فلان رجل واحد، كانت المسألة على القياس والا ستحسان على نحوما ذكرنا فى الدخول ، ثم على جواب الاستحسان على العتق بالدخول فى المسألة الأولى ، وبالكلام فى المسألة الثانية من غير ذكرخلاف ، وكان الكرخى من أصحابنا يقول : على قياس قول أبى حنيفة ينبغى أن يثبت العتق فى الحال ولايتعلق، وجعل هذه المسألة فرعا لمسألة أخرى ذكرت فى كتاب الاقرار ، وهو ما إذا قال لعبده "أنت حر و حر إن شاء الله" فعلى قول أبى حنيفة : لايعمل الاستثناء و يقع العتق للحال ، وغيره من المشايخ قالوا : لابل ما ذكر من الجواب صحيح على قول الكل ، ولو قال "أنت حرحر إن شاء الله" لا يعتق العبد عند أبى حنيفة، ولو قال لها : " إن دخلت هذه الدار، إن دخلت هذه الدار فعبدى حر" يعتق العبد للحال على قياس قول أبى حنيفة ، ويصير قوله "إن دخلت هذه الدار" ثانيا فاصلا .

٧٣٦٤:- قال فى الجامع أيضا : رجل له امرأة لم يدخل بها فقال :" كل امرأة لى و كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة فهى طالق إن دخلت الدار" فتزوج امرأة وطلقها و طلق التى كانت عنده ، ثم تزوجها فى الثلاثين سنة ثم دخل الدار : طلقت القديمة تطليقتين باليمين سوى التطليقة التى أو قع عليها بالتنجيز فتطلق ثلاثا ، ولو أن الزوج حين طلقها أول مرة لم يتزوجها حتى دخل الدار ثم تزوجها طلقت القديمة واحدة بالحنث فى يمين التزوج بنفس التزوج ، و إن كان المنعقد فى حقها يمينين يمين التزوج ويمين الكون . ولو قال "كل امرأة لى و كلما تزوجت امرأة إلى ثلاثين سنة فهى طالق إن دخلت الدار" وفى ملكه امرأة ثم تزوج امرأة أخرى، ثم طلقهما جميعا، ثم تزوجهما ثانيا، ثم دخل الدار، طلقت كل واحدة منهما ثلاثا : واحدة بالإيقاع ، و ثنتين بالحنث .

٧٣٦٥:- وفى القدورى : إذا قال: "كلما دخلت هذه الدار و كلمت فلانا فامرأة من نسائى طالق" فدخل الدار دخلات ، وكلم فلانا مرة واحدة ، لم تطلق امرأة [إلا] واحدة ، ولو قال: "كلما دخلت هذه الدار ، فإن كلمت فلانا فأنت

طالق" فدخل الدار ثلاثا ، و كلم فلانا مرة طلقت ثلاثا .

نوع آخر

٧٣٦٦:- قال **فی القدوری :** إذا قال الرجل :"كل امرأة اتزوجها فهی طالق و فلانة" و فلانة امرأته طلقت فلانة الساعة ولا ينتظر التزوج ، **وفی الخانية :** فإذا تزوجها بعد ذلك طلقت أخری . **م :** ولو قال لامرأته: "أنت طالق و فلانة إن تزوجتها" لم يقع الطلاق علی امرأته حتی يتزوج بالأخری . **وفی الخانية :** ولو قال: "أنت و فلانة طالقان إن تزوجتها" لم يقع الطلاق علی واحدة حتی يتزوج فلانة . ولو قال: كل امرأة لی طالق وأنت طالق لزمتها سنتان ، ولو قال: "كل امرأة أتزوجها فهی طالق وأنت طالق" تطلق امرأته الساعة . ولو قال: "كل امرأة أتزوجها فهی طالق وأنت" إن نوی يقع الطلاق عليها للحال و إلا فلا . ولو قال "فلانة التی أتزوجها غدا فهی طلاق وأنت" لايقع الطلاق علی امرأته حتی يتزوج غدا ، إلا أن ينوی . ولو قال "كل امرأة أتزوجها فهی و نسائی طوالق" وقع الطلاق علی نسائه الساعة .

٧٣٦٧:- وفی الخانية : لو قال لامرأته: "أنت طالق و من دخلت الدار من نسائی طوالق" كانت المخاطبة طالقا للحال، فان دخلت الدار ، وهی فی العدة طلقت أخری . **م :** ولو قال "كل امرأة من نسائی تدخل الدار فهی طالق و فلانة" طلقت فلانة للحال، فان دخلت الدار وهی فی العدة طلقت أخری ، قال **فی الجامع :** إذا قال "كل امرأة لی تدخل الدار فهی طالق ، وعبد من عبيدی حر" فدخلت امرأتان الدار طلقتا ، و عتق عبد من عبيده .

نوع آخر فی الشرط الذی يحتمل الحال والإستقبال

٧٣٦٨:- إذا قال لامرأته وهی حائض " إن حضت . أو قال لها وهی مريضة : إن مرضت فأنت طالق" فهذا علی الحيض والمرض فی المستقبل ، فإن نوی ما حدث من الحيض، أو من هذا المرض فهو علی مانوی ؛ ولو قال لها: " إن حضت غدا فأنت طالق" وهو يعلم أنها حائض فهذا علی هذه الحيضة ، فإذا دام حتی أسفر الفجر من الغد طلقت بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاث أو زائدة

عليه ، **وفى الولوالجية :** وكـذا مريض قال لامرأته: "إن مـرضت فأنت طالق"؛ ولو قال: "إن مرضت غدا فانت طالق" فهذا على الأول ، والصحيح إذا قال لامرأته: "إ ن صـحـحـت فـأنـت طـالـق" يقع حين سكت . كما لو قال البصير : "إن أبصرت فـامرأته طالق" والقاعد " إن قـعدت فأنت طالق" والقائم " إن قـمت فأنت طالق" والمالك إذا قال " إن مـلكتك فأنت حر" . **م :** وإذا قال لها: " إن حـممت فأنت طـالق" و هى محمومة ، أو قال " إن صـدعـت" وهى مصدوعة فهذا على التفصيل الذى قلنا فى الحيض والمرض . ولو قال: لها وهى صحيحة : "إن صححت فأنت طالق" وقع الطلاق حين سكت . يعنى فى الحال ، وكذلك إذا قال : "إن أبصرت إن سـمـعت فأنت طالق" وهى بصيرة سميعة وقع للحال، قال : وأما القيام والقعود والركوب والسكنى فهو على أن يمكث ساعة بعد اليمين ، وأما الدخول فلا يكون إلا عـلـى دخـول مسـتـقبـل ، وكـذا الخروج لايكون إلا عـلـى خـروج مستقبل ، وكذلك الحبل: إذا قـال للحبلى: "إن حبـلت" فهذا على حبل مستقبل ، وكذلك الضرب والأكل على الحادث بعد اليمين .

۷۳۶۹:- وفى الخلاصة الخانية : ولـو قال "أنت طالق و أنت مريضة" ونوى به إذا مـرضـت ، لايـديـن فـى الـقضاء ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، و بعض مشايخنا قـالـوا: إن أعـرب الـمريضة بالنصب يتعلق الطلاق بالمرض، فأما إذا أعـرب بالرفع يقع للحال ، **م :** ولـو قال "أنت طالق مالم تحيضى ، أو : مالم تحبلى" وهى حائض أو حبلى فهـى طـالـق حيـن سـكـت، إلا أن يـكـون ذلك بها حين سكوته ، فان نوى ما بقى من الحيض والحبل، دين فى الحيض فيما بينه و بين اللّٰه تعالىٰ، ولم يدين فى الحبل .

۷۳۷۰:- وفى الأصل : لـو قال لها: " إذا حـضـت حيـضة فأنت طالق وإذا حـضـت حيـضتيـن فأنت طالق " فحاضت حيضتين وقع عليها تطليقتان ، وكانت الـحيـضة الأولى كمال الشرط فى اليمين الأولى و بعض الشرط فى اليمين الثانية ، ولو قال: " إذا حـضـت حيـضة فـأنـت طالق" ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ، فـحـاضت حيضة وقع عليها الطلاق باليمين الأولى، ولا يقع الطلاق باليمين الثانية مـا لـم تـحـض بـعد ذلك حيضتين أخراوين عملا بكلمة "ثم" . فإن قال : عنيت به

الأولى ! صدق ديانة لا قضاء . **وفى البقالى :** إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق " ثم قال "كلما" حضت حيضتين فأنت طالق" وقع بأول الحيضة طلاق و بانقضائها و حيضة أخرى بعد ها تقع تطليقة أخرى ، **وفى الينابيع :** إذا قال لها: " إذا حضت حيضة فأنت طالق" لاتطلق مالم تحض و تطهر ، ولو قال: " إذا حضت نصف حيضة ، فكذلك الجواب : لاتطلق مالم تحض و تطهر ، **وفى شرح الطحاوى :** وكذلك إذا قال: "ثلث حيضة أو سدس حيضة "، وكذلك إذا قال " إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق ، و إذا حضت نصفها الآخر فأنت طالق" لا يقع الطلاق مالم تحض و تطهر ، فاذا حاضت و طهرت طلقت تطليقتين .

م : نوع آخر فى الاختلاف

٧٣٧١:- وفى الهداية : وإن اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة ، وإن كان الشرط لايعلم إلا من جهتها، فالقول قولها فى حق نفسها ، مثل أن يقول "إن حضت فأنت طالق و فلانة" فقالت "حضت" طلقت هى ولم تطلق فلانة . **وفى شرح الطحاوى :** إن صدقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعا ، و إن كذبها يقع عليها ولا يقع على صاحبتها . **وفى الكافى :** ولو قال:" إن حضت فعبدى حر و ضرتك طالق" فقالت: "حضت" و كذبها الزوج، لايقع الطلاق والعتق ، فان صدقها الزوج و تمادى الدم ثلاثة أيام عتق و طلقت من حين رأت ، و يمنع الزوج عن وطئ المرأة واستخدام العبد فى الثلاث . **وفى السغناقى :** وفائدة هذا تظهر فيما إذا كانت المرأة مدخولا بها فانها لما رأت دما تزوجت بزوج آخر و استمر بها الدم ثلاثة أيام كان النكاح صحيحا ، وتظهر أيضا فيما إذا قال: " إن حضت فعبدى حر" كان الاكتساب للعبد ، و تظهر أيضا فى حق الجناية منه و عليه . ولو قالت فى الثلاث "انقطع دمى" و صدقها الزوج لم يعتق ولم تطلق ضرتها ، و إن قالت بعد مضى الثلاث "انقطع دمى فى الثلاث" وصدقها الزوج و كذبها العبد والضرة، فالقول للعبد والضرة .

٧٣٧٢:- وفى الخانية : رجل قال لعبده: " إن احتلمت فأنت حر" فقال

الـغـلام "احتلمت" وهو مشكل لايقف عليه غيره يقبل قوله فى ذلك ، كما إذا قال لأمتـه وهى مشكلة الحال " إذا حـضـت فـأنت حرة" أو قال لامرأته: "إذا حضت فـأنـت طـالـق" فـقالت "حضت" يقبل قولها ، و عن محمد رحمه اللّٰه : أنه لا يقبل قول الغلام ، ويقبل قول الجارية والمرأة .

٧٣٧٣:- وفى الذخيرة : قال محمد **فى الجامع :** إذا قـال الرجل لامرأته: "إذا حـضـت حيـضـه فأنت طالق" فمكثت عشرة أيام ثم قالت: "حضت حيضة و طهـرت و اغتسـلـت" وكـذبهـا زوجهـا ، فـالقول فى ذلك قولها . الأصل فيه : أن المرأة إذا أخبـرت عـمـا هـو شرط الحنث فى اليمين بطلاقها و كذبها زوجها فى ذلك ينظر: إن كـان ذلك الشـرط مـما يطلع عليه غير ها لايقبل قولها إلا بحجة ، وإن كـان مـمـا لا يطلع عليه غيرها كالطهر والحيض، فالقول قولها فى طلاقها إذا كـان مـا ادعت من الشرط قائما وقت الإخبار ، و إن لـم يكن قائما وقت الاخبار، لايقبل قولها ، فاذا قال "إن حضت حيضة" فالحيضة اسم للكامل منها، ولا كمال إلا بـوجـود الـجـزء الأول مـن الـطهـر ، فـاذا أخبـرت عن الطهر، والطهر قائم فقد أخبرت عما هو مؤتمنة فيه حال قيام الائتمان فيجب قبول خبرها ، و إذا قبل خبرها ثبـت الـمـخبـر بـه ، فيثبـت ما يترتب عليه من الطلاق وغيره من أحكام الطهر، ولو قـالـت: "حـضت و طهرت وأنا الأن حائضة بحيضة أخرى" لايقبل قولها، ولا يقع عـليهـا الـطـلاق لأنهـا أخبـرت عـمـا هو شرط وقوع الطلاق حال فواته وانعدامه فـلاتصدق ، ولا يقع الطلاق إلا إذا أخبـرت عـن الـطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فـحيـنئذ يقع الطلاق لاخبارها عما هو شرط وقوع الطلاق حال قيامها . و إذا قال لها: " إن حـضـت فـأنـت طـالـق" فـمكثت خمسة أيام ثم قالت: "قد حضت منذ خـمسة أيـام و أنـا لـلحال حائض" قد صدقت و وقع عليها الطلاق ، ولو قالت فى هذه الصورة "حضت و طهرت" لاتصدق إذا كذبها الزوج .

٧٣٧٤:- وإذا كـان لـرجـل أربـع نسـوة طلقت واحدة منهن، فقال الزوج: "التى طلقت طالق" ثم ادعت واحدة منهن أنها هى التى طلقت، وأنكر الزوج ذلك ذكر **فى الأصل :** أن القول قول الزوج ، ومن المشايخ من قال : إن القول قول المرأة .

نوع آخر فی الشرط یکون علی الفور أو علی التراخی .

٧٣٧٥:- عن محمد فيمن قال لغيره: " إن ضربتنی و لم أضربك فامرأته طالق" فهذا على الفور ، قال : و "لم" یکون على وجهين : على قبل و بعد ، فإذا كان على بعد فهو على فور، و إذا كان على قبل فهو على ذلك ، قال : وقوله " إن ضربتنی ولم أضربك" فهذا على الماضی عندنا كأنه قال "إن ضربتنی ولم أكن ضربتك قبل ضربك إيای" ، وكذا إن نوى بعد فهو على مانوى ومعناه " إن ضربتنی ابتداء ولم أضربك بعد ذلك فكذا" فهو على مانوى ويكون على الفور . والحاصل أن هذه الكلمة وهی "لم" قد تقع على الأبد كقوله "إن أتيتنی ولم آتك ، إن زرتنی ولم أزرك" فهذا على الأبد ، و قد تقع على الفور. وكذلك قد تقع هذه الكلمة على قبل ، وقد تقع على بعد، والمعتبر فی حمله على أحدهما معا فی كلام الناس، أو يوجد منطق يستدل به عليه ، وما كان مشتبها نحو قوله " إن كلمتك ولم تكلمنی ، فهذا على سبيل قبل و بعد ، و إن نوى شيئا فهو على ما نوى ، و إن لم تكن له نية فأيهما فعل فقد برفی يمينه ، ولو قال: "إن كلمتنی ولم أجبك" فهو على المستقبل والفور .

٧٣٧٦:- وعن محمد فيمن قال "كل جارية أشتريها فلا أطأها فكذا " فهذا على الوطی ساعة يشتری ، فان قال: "فان لم أطأها" فهذا على مابينه و بين الموت، ومتى وطأها بر فی يمينه . و عن أبی يوسف رحمه الله فيمن قال لغلامه: " إن لم تأتنی حتى أضربك فكذا" فأتاه قال : متى ما ضربه بر فی يمينه ، إلا أن ينوی أن يضربه ساعة ما يأتی، وكذا إذا لم يأت ساعة ما أمره فأتاه فی وقت آخر . وعن محمد فيمن قال " إن لم أشتر اليوم عبدا فأعتقه فامرأته طالق" فاشترى عبدا و وهبه ثم اشترى آخر وأعتقه قال : اليمين على العبد الأول و تطلق امرأته . وعن محمد فيمن قال لغيره " إن بعثت إليك فلم تأتنی فكذا" فبعث إليه فأتاه ثم بعث إليه فلم يأته حنث فی يمينه . **وفی الخانية :** ولا تبطل اليمين بالبر حتى يحنث مرة فحيئذ تبطل اليمين . **م :** وكذا إذا قال: " إن بعثت إلى فلم آتك" فبعث إليه فأتاه ثم بعث إليه فلم يأته حنث فی يمينه .

۷۳۷۷:- و روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: إذا قال لغيره:"إذا فعلت كذا فلم أفعل كذا فامرأته طالق" فلم يفعل ما قال على إثر المحلوف عليه طلقت امرأته، ولو قال "إن فعلت كذا ثم لم أفعل كذا" فهو على الأبد، و قال أبو يوسف: هما سواء وهو على الفور، وعن أبى يوسف فى من قال " إن أخذت فلانا لأضربه مائة سوط" فأخذه و ضربه سو طا أو سوطين قال: هو على الأبد.

۷۳۷۸:- ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد: إذا قال الرجل لغيره: "إن رأيت فلانا فلم آتك به فامرأته طالق" فرآه الحالف فى أول ما رآه مع هذا الرجل الذى قال له "فلم آتك به" قال: الحالف حانث الساعة لأنه لايستطيع أن يأتيه به. ولو قال "إن رأيت فلانا فلم أعلمك به فكذا" فرآه مع هذا الرجل الذى قال له "فلم أعلمك به" لم يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد، وفى قياس قول أبى يوسف يحنث. **وفى الخانية:** ولو قال "إن رأيت فلانا فلم آتك به فعبدى حر" و المسألة بحالها لا يعتق عبده.

۷۳۷۹:- م: و روى ابن إبراهيم عن محمد فى رجل خرج إلى الصيد فلقى رجلا فقال له "اخرج معى للصيد" فقال: "نعم أذهب بما معى إلى البيت فأضعه وآتيك" فقال له: "احلف بالطلاق" فحلف بالطلاق ليأتينه، ولم يقل "اليوم" فأتاه بعد ما رجع عن الصيد قال: هو حانث.

۷۳۸۰:- المنتقى: إذا قال الرجل لغيره: "أدخل هذه الدار اليوم" فقال " إن دخلت اليوم فكذا" فهو على تلك الدار دون غيرها، وكذا إذا قال له "كلم هذا الرجل" فقال " إن كلمت فهو على كلام ذلك الرجل،. ولو قال لغيره "تزوج فلانة" فقال "إن تزوجت أبدا فكذا" فتزوج غير فلانة حنث فى يمينه، ومسألة التزوج تخالف مسألة الدخول فإنها مشكلة، **وفى الصغرى:** إذا قال " إن فعلت كذا فامرأتى طالق" ولم تكن له امرأة فتزوج امرأة و فعل لايحنث.

م: نوع آخر فى تعليق الطلاق بالفعلين صورة و بفعل واحد معنى

۷۳۸۱:- قال محمد **فى الجامع:** إذا قال الرجل لامرأتين له " إذا ولدتما

فأنتما طالقان" فولدت إحداهما ولدا فانهما تطلقان، و هذا استحسان ،وفى القياس: لاتطلق واحدة منهما . و على هذا القياس و الاستحسان : إذا قال لهما إذا حضتما حيضة ، أو إن حضتما حيضة فأنتما طالقان فحاضت إحداهما حيضة فانهما تطلقان استحسانا ، و القياس أن لا تطلق واحدة منهما أبدا . ولو قال لهما " إذا ولدتما ولدين فأنتما طالقان" فولدت إحداهما ولدا لاتطلق واحدة منهما مالم تلد كل واحدة منهما ولدا ، بخلاف الصورة الأولى . **وفى شرح الطحاوى :** ولو قالت كل واحدة منهما "قدحضت" إن صدقهما الزوج يقع عليهما الطلاق ، و إن كذبهما لايقع ، وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى يقع على المصدقة .

٧٣٨٢:- م : وإذا قال لهما: "إذا ولدتما ولدين فأنتما طالقان" فولد إحداهما ولدين ، أو قال "إذا حضتما حيضتين فأنتما طالقان" فحاضت إحداهما حيضتين لا تطلق واحدة منهما ، فلو حاضت كل واحدة منهما حيضة، وولدت كل واحدة منهما ولدا طلقتا ، ولا يشترط ولادة كل واحدة منهما ولدين ، وهو نظير ما لو قال لهما: "إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان" فدخلت إحداهما دارا و دخلت الأخرى الدار الأخرى طلقت كل واحدة منهما استحسانا ، **وفى الكافى :** و عند أبى يوسف يشترط لو قوع الطلاق عليهما أن تلد كل واحدة منهما ولدين و تحيض حيضتين .

٧٣٨٣:- م : وكذا إذا قال لهما: "إن دخلتما هذه الدار و هذه الدار الأخرى فأنتما طالقان" فدخلت إحداهما دارا و دخلت الأخرى الدار الأخرى فهذا استحسان ، والقياس فى المسألتين أن لاتطلق واحدة منهما حتى تدخلا هذه الدار الأخرى ، وهو رواية عن أبى يوسف فى الأمالى . ولو قال لهما: "إن دخلتما هذه الدار، ودخلتما هذه الدار الأخرى، فأنتما طالقان" لاتطلق واحدة منهما ما لم تدخلا هذه الدار ، وتدخلا هذه الدار الأخرى قياسا و استحسانا .

٧٣٨٤:- وفى الذخيرة : وإذا قال لهما: "إن أكلتما هذا الرغيف فأنتما طالقان" لاتطلق واحدة منهما مالم تأكلا جميعا ، فإن أكلت إحداهما أكثر من الأخرى طلقتا ، ولو أكلت إحداهما مقدارا لايطلق عليه اسم البعض بأن أكلت كسرة

خبز لايقع عليهما شئ لانعدام الشرط وهو أكل كل واحدة منهما بعض الرغيف .
وفى شرح الطحاوى : ولو قال "إن دخلتما هذه الدار، أو كلمتما فلانا، أو لبستما هذا الثوب، أو ركبتما هذه الدابة، أو أكلتما من هذا الطعام، أو شربتما من هذا الشراب" فما لم يوجد منهما جميعا لا يقع الطلاق .

۷۳۸٥:- وفى الكافى : ولو قال لزهرة وبرة "كلما ولدتما فأنتما طالقان" فولدت برة ثم زهرة ولدا كل واحدة فى بطن واحد طلقت برة ثنتين : واحدة بولادتها، ووا حدة بولادة زهرة وانقضت عدتها بولا دتها ثانيا ، و زهرة ثلاثا : واحدة بولادة برة أولًا وواحدة بولادتها ولم تنقض العدة ؛ لأن فى بطنها ولدا و واحدة بولادة برة ثانيا و انقضت عدتها بالولد الأخير ، و يثبت نسب الأولاد ؛ و إن كان البطن مختلفا طلقت برة ثنتين بولادتها و ولادة زهرة وانقضت عدتها بولدها الثانى و يثبت نسب ولدها، وزهرة واحدة بولادة برة و مضت عدتها بولادتها أولًا، ولا يثبت نسب ولدها الثانى .

۷۳۸٦:- ولو قال لاربع نسوة: " إذا حضتن حيضة فأنتن طوالق" فقالت كل واحدة: "حضت حيضة" طلقن صدقهن أو كذبهن، و إن قالت واحدة: "حضت حيضة" وصدقها طلقن ، و إن كذبها طلقت هى دون غيرها . ولو قال: "إذا حضتن فأنتن طوالق" فقلن "حضنا" إن صدقهن طلقن جميعا ، و إن كذبهن أو صدق واحدة أو ثنتين لم تطلق واحدة ، و إن صدق ثلاثا طلقت المكذبة فقط .
ولو قال: "كلما حضتن" فهو ك "إذا" غير أنه يقتضى تكرار الطلاق بتكرار الشرط .

۷۳۸۷:- ولو قال لامرأته الحامل: " إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثنتين" ثم قال: "إن كان الذى تلدينه غلاما فأنت طالق" فولدت غلاما طلقت ثلاثا و تعتد بثلاث حيض ، ولو قال "إن كان الذى فى بطنك غلاما" والمسألة بحالها طلقت به واحدة فقط .

نوع آخر فى دخول الواحد تحت شرطين

۷۳۸۸:- قال محمد **فى الجامع :** إذا قال الرجل لامرأته وهى حامل: "إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثنتين" ثم قال لها "إن كان الولد الذى تلدينه غلاما فأنت طالق واحدة" فولدت المرأة غلاما طلقت ثلاثا ، وهو نظير مالو قال: "إن دخل

داري هذه رجل فعبدي حر" ثم قال " إن دخل زيد داري هذه فامرأته طالق" فدخل زيد الدار ، عتق العبد و طلقت المرأة . ولو كان قال لها: " إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثنتين" ثم قال لها: " إن كان الولد الذي في بطنك غلاما فأنت طالق واحدة" فولدت غلاما فانها تطلق واحدة ، بخلاف المسألة المتقدمة فان هناك إذا ولدت غلاما تطلق ثلاثا . و نظير هذه المسألة ما قال محمد : رجل قال لامرأته " إن كان الذي في هذه الدار اليوم رجلا فامرأته طالق" ثم تبين في آخر النهار أنه كان الذي فيها رجلا طلقت المرأة من حين تكلم به ، و مثله لو قال: "إن كان الذي يدخل في هذه الدار اليوم رجلا فامرأته طالق" فدخل في آخر النهار رجل، طلقت المرأة حين دخل .

۷۳۸۹:- في الأصل : إذا قال لها: "كلما ولدت ولدا فأنت طالق" و قال لها أيضا: "إذا ولدت غلاما فأنت طالق" فولدت غلاما ، فانه يقع عليها تطليقتان باليمين . وهو نظير ما لو قال لها: " إن كلمت فلانا فأنت طالق " و قال لها أيضا: "إن كلمت إنسانا فأنت طالق" فكلم فلانا طلقت تطليقتين ، و كذلك لو قال لامرأته: "إذا تزوجت فلانة فهي طالق" ثم قال: "كل امرأة أتزوجها فهي طالق" ثم تزوج فلانة طلقت تطليقتين .

نوع آخر :

۷۳۹۰:- إذا حصل تعليق الطلاق بشرطين، فوجد الشرط الأول وهي في نكاحه، و وجد الشرط الثاني وهي ليست في نكاحه ولا في عدته بأن أبانها بواحدة بعد ما وجد الشرط الأول، وانقضت عدتها ثم وجد الشرط الثاني : لا يقع الطلاق ، ولو وجد الشرط الأول في غير ملكه و عدته، و وجد الشرط الثاني في ملكه بأن تزوجها بعد الأول، ثم وجد الشرط الثاني : يقع الطلاق . مثال الأول : إذا قال لامرأته: "إن كلمت زيدا و عمروا فأنت طالق" فكلمت أحدهما ثم إن الزوج أبانها بواحدة وانقضت عدتها ثم كلمت أحدهما ثم تزوج ثم كلمت الآخر، : فانه لايقع الطلاق . و مثال الثاني : إذا قال " إن كلمت زيدا و عمروا فأنت طالق، " فأبانها بواحدة و انقضت عدتها ثم كلمت أحدهما، ثم تزوجها ثم

كلمت الآخر، : وقع الطلاق عندنا خلافا لزفر .

٧٣٩١:- و إن وجد أول الشرط في غير ملكه، و وجد آخر الشرط في ملكه وقع الطلاق ، و إن وجد بعد الشرط في نكاحه ثم أبانها وانقضت عدتها ثم وجد آخر الشرط ثم تزوجها ، لايقع الطلاق . مثال هذا : إذا قال الرجل لامرأته "إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق" فأبانها وانقضت عدتها، فأكلت بعض الرغيف ثم تزوجها بعد ذلك، ثم أكلت الباقي طلقت عندنا ، ولو أكلت بعض الرغيف وهي في نكاحه، ثم أبانها وانقضت عدتها، فأكلت الباقي لاتطلق . فعلى هذا القياس: يخرج جنس هذه المسائل .

٧٣٩٢:- وفي الأصل : إذا قال لها "كلما حضت حيضتين فأنت طالق" فحاضت حيضة في ملكه ثم أبانها وانقضت عدتها، فحاضت حيضة أخرى لاتبقى اليمين ، حتى لو تزوجها ثم حاضت حيضتين لايقع الطلاق ، قال الحاكم : هذا جواب قوله "إذا حضت إن حضت، لا جواب قوله "كلما حضت" وفي قوله: "كلما حضت" إذا تزوجها، ثم حاضت حيضتين يقع عليها الطلاق ، و إليه أشار محمد **في الجامع ،** إلا أن محمدا في الأصل ذكر كلمة "إذا" و "كلما" و "إن" و أجاب في الكل بجواب "إن" و "إذا" كأنه ذهب إليه لشغل خاطره، أو هذا لما عرف أن كلمة "كلما" توجب التكرار، بخلاف كلمة "إن" و "إذا" ؛ و من المشايخ من قال : ماذكرفي الأصل جواب "كلما" و هذا القائل يقول : في المسألة روايتان ، على رواية الجامع يقع الطلاق إذا حاضت حيضتين بعد ماتزوجها ، وعلى رواية الأصل لايقع .

نوع آخرفي تعليق الطلاق بأحد الشرطين صورة و معنى

٧٣٩٣:- إذا قال الرجل "إن خطبت فلانة أو تزوجتها فهي طالق" فخطبها ثم تزوجها لاتطلق ، وهو بمنزلة ما لو قال: " إن قبلت فلانة أو تزوجتها فهي طالق" فقبلها ثم تزوجها لم تطلق، فان تزوجها قبل الخطبة بأن تزوجها فضولي فبلغها فأجازت طلقت بمنزلة مالو قال " إن قبلت فلانة أو تزوجتها فهي طلاق" فتزوجها

قبل أن يقبلها فانها تطلق. وهذه المسألة تؤيد قول من يقول فى قوله: اگر دختر فلان مرا دهند، أو قال: بزنى دهند فهى طالق! فأمر إنسانا بذلك فزوجها منه أو تزوجها بنفسه بعد ذلك لا تطلق. ولو قال "إن تزوجت فلانة فهى طالق، و إن أمرت إنسانا يزوجنيها فهى طالق" فأمر إنسانا فزوجها منه طلقت، وإن زوج فلانة من غير أن يأمر احدا بذلك لا تطلق. **وفى الذخيرة:** لأنه بعض الشرط فإن أمر بعد ذلك رجلا فقال "زوجنى فلانة" وهى امرأته على حالها طلقت لأنه كل الشرط.

٧٣٩٤:- و عن ابن سماعة عن أبى يوسف: إذا قال الرجل " إن تزوجت فلانة فهى طالق، إن أمرت فلانا يزوجنيها فهى طالق" فأمر فلانا فزوجها إياه قال: تطلق ثنتين، و إن نوى واحدة فهى واحدة.

٧٣٩٥:- و روى عن أبى يوسف فى رجل قال لامرأتين لا يملكهما: "إن خطبتكما أوتزوجتكما فأنتما طالقان" فخطبهما ثم تزوجهما لم تطلقا، ولو تزوجهما من غير خطبة فى عقدة أو فى عقدتين طلقتا، ولو خطب واحدة و تزوجهما طلقتا، ولو تزوج واحدة و طلقها ثم تزوجهما طلقتا. ولو قال "إن خطبتكا أو تزوجت هذه. وأشار إلى امرأة أخرى غير المخاطبتين. فأنتن طوالق" فتزوج المنفردة ثم خطب الأخريين فتزوجهما لم يقع الطلاق.

نوع آخر

٧٣٩٦:- إذا قال "امرأته طالق إن أكل كذا و شرب كذا و كلم فلانا" أو قال "إن أكل كذا و شرب كذا و كلم فلانا فامرأته طالق" ما لم تجتمع هذه الأمور لايقع الطلاق إلا أن ينوى شيئا آخر، هكذا حكى عن الفقيه أبى القاسم الصفار. و إن كرر حرف الشرط فقال " إن أكل و إن شرب و إن كلم فلانا " إن قدم الجزاء فأى شئ وجد من هذه الاشياء، لايقع الطلاق مالم توجد الأمور كلها. فهذا يجب أن يكون قول محمد، فأما على قول أبى يوسف إذا وجد واحد من هذه الأشياء يقع الطلاق و ترتفع اليمين؛ و قد ذكرنا الخلاف على هذا الوجه فى قوله: "إن دخلت هذه الدار و إن دخلت هذه الدار الأخرى" وقد مرت المسألة من قبل.

٧٣٩٧:- اگر بطلاق سو گند خورد كه بزمين فلانا اندر نيايم و پنبه نمی چينم ! فدخل الأرض ولم يلتقط القطن طلقت . إذا قال : زن از وی بطلاق اگر سيكی خورد و مقامری كند و كبوتر دارد ! حكى عن الشيخ الامام أبی بكر محمد بن الفضل أنه قال : كل واحد من هذه الأشياء شرط على حدة ، ولو قال : سيكی می خورد و مقامری می كند و كبوتر می دارد ! فكل واحد شرط على حدة بلا خلاف .

نوع آخر

٧٣٩٨:- إذا علق الطلاق بعدم الفعل فی محلين فی وقت معين بأن قال: "إن لم أدخل هاتين الدارين اليوم فأنت طالق" أو قال " إن لم أضرب فلانا سوطين اليوم فامرأته طالق" فدخل إحدى الدارين دون الأخرى أو ضرب إحدى السوطين اليوم دون الأخرى و مضى اليوم حنث فی يمينه ، وكذلك إذا قال "إن لم أكلم فلانا و فلانا اليوم فامرأته طالق" فكلم أحدهما ولم يكلم الآخر حتى مضى اليوم طلقت امرأته .

٧٣٩٩:- وفی فتاوی أبی الليث : فيمن قال لامرأته "إن لم أدخل الليلة المدينة ولم ألق فلانا فأنت طالق" فدخل ولم يصادفه فی منزله ولم يلقه حتى أصبح، قال : إن كان حين حلف عالما أنه غائب عن منزله يحنث ، و إن كان لايعلم بغيبته لايحنث فی قول أبی حنيفة و محمد خلافا لأبی يوسف ، و هو نظير ما لو حلف ليقتلن فلانا و فلان ميت ، فعلى قياس المسألة المتقدمة ينبعی أن تطلق على كل حال . **وفی الذخيرة :** ومن هذا الجنس "إن لم تذهبی و تأتی بذلك الحمام فأنت طالق" فذهبت لتأتی به ، وطار الحمام يقع الطلاق .

نوع آخر

٧٤٠٠:- و ما ذكرها محمد **فی الجامع** قال رجل اسمه محمد بن عبد اللّٰه وله غلام قال "إن كلم غلامه محمد بن عبدالله هذا أحد فامرأته طالق" أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه، ثم إن الحالف كلمه بنفسه أو كلم غيره : تطلق امرأته .

٧٤٠١:- ولو قال لنسائه: "المرأة التی تدخل منكن الدار طالق، فدخلت

امرأة من نسائه الدار طلقت ، ولا تطلق واحدة منهن قبل الدخول . **وفي الكافي :** ولو قال "هذه المرأة التي تدخل الدار منكن طالق" أو قال "فلانة بنت فلان التي تدخل الدار طالق" طلقت في الحال : ولو نص على الشرط أي قال "فلانة بنت فلان طالق" أو "هذه المرأة طالق إن دخلت الدار" فان تزوجها لايقع عند دخول الدار . ولو قال: "امرأته فلانة التي تدخل الدار طالق" طلقت فلانة في الحال ولا يتعلق طلاقها بدخول الدار ، و ينبغي أن يقال على قول عامة المشايخ إنما تطلق فلانة للحال إذا كانت فلانة مشارا إليها ، و على ماذكره شيخ الامام يجب أن يقال : لو كانت فلانة حاضرة لاتطلق فلانة للحال ، ولو قال "فلانة بنت فلان طالق إن دخلت الدار ، لم تطلق حتى تدخل الدار ، بخلاف ما لو قال "فلانة بنت فلان التي تدخل الدار طالق" .

۷٤٠۲:- إذا قال "المرأة التي أتزوجها طالق" . **وفي الذخيرة :** أو قال "فهي طالق" فتزوج امرأة تطلق. **م :** ولو قال "هذه المرأة التي أتزوجها طالق" فتزوجها لا تطلق . **وفي الذخيرة :** ولو قال: "فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق" فتزوجها لاتطلق ،ولو قال "كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية "أو قال : حتى تموت عمرة فهي طالق" فتزوج عمرة ذكر محمد في الكتاب أنها لا تطلق ، و عامة المشايخ على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشارا إليها بأن قال "ما دامت عمرة هذه حية " فأما إذا لم تكن مشارا إليها تطلق و تدخل تحت اسم النكرة ، وعلى قياس ما ذكره شيخ الاسلام ينبغي أن يقال : إذا كانت عمرة حاضرة لاتطلق، و إذا كانت غائبة تطلق .

۷٤٠۳:- م : و إذا قال "إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق" وله امرأة فدخل الدار طلقت امرأته ثم تزوجها طلقت . و من قال "كل امرأة أتزوجها فهي طالق" وله امرأة فطلقها ثم تزوجها تطلق . **وفي تجنيس الناصري :** ولو قال هر زنے كه مراست جزميمونة فهي كذا، و ميمونة أم امرأته فغلط في التسمية ثم تدارك طلقت امرأته .

۷٤٠٤:- م : ولو قال لامرأته: " إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي

طالق" فدخلت الدار و طلقها ثم تزوجها تطلق أيضا ، و روى هشام عن أبى يوسف أنها لاتطلق . وروى عنه أيضا : إذا قال لامرأته: "إن طلقت فلانة فكل امرأة أتزوجها طالق" فهذا على غيرها . ولو قال لامرأته: "كل امرأة أتزوجها مادمت حية فهى طالق، فطلق امرأته ثم تزوجها لاتطلق . و حكى عن شيخ الاسلام الأوزجندى أنه سئل عمن قال لامرأته : اگر ترا بزنم هر زنی که مرابوده باشد از من طلاق، فضربها و طلقها و تزوجها بعد ذلك : إنها لاتطلق ، فصار الحاصل أن فى كل موضع كان الموجود يمينين فالمعرفة فى شرط إحدا هما تدخل تحت اسم النكرة فى اليمين الأخرى ، و إذا كانت يمينا واحدة فالمعرفة فى الجزاء تدخل تحت اسم الشرط إذا كان الشرط باسم النكرة ، كما لو قال لامرأته: " إن دخل دارى هذه أحد فأنت طالق" فدخلت المرأة الدار طلقت ؛و إن صارت معرفة بالجزاء لم يمنع ذلك دخولها تحت الشرط المذكور باسم النكرة .

٧٤٠٥:- والمعرفة فى الشرط تدخل تحت الجزاء إذا كان الجزاء باسم النكرة، بيانه : ما ذكر فى النوازل إذا قال لامرأته: " إن فعلت كذا فنسائي طوالق" ففعلت ذلك الفعل وقع الطلاق عليها وعلى غيرها . وذكر فى المنتقى عن محمد : إذا قال لامرأته " إن و طأتك فكل امرأة لى طالق" ثم و طأها و طلقت هى ، ولو قال "إن و طأتك فأنت طالق و كل امرأة لى طالق" فو طأها وقع عليها تطليقتان ، ولو كانت له امرأة أخرى وقع عليها تطليقة أخرى .

٧٤٠٦:- والمعرفة فى الشرط لاتدخل تحت اسم النكرة المذكورة فى الشرط . بيانه : فيما إذا قال " إن دخل دارى هذه أحد فامرأتى طالق" فدخلها الحالف لاتطلق امرأته . قال محمد فى الجامع : إذا قالت المرأة لزوجها " إنك تزوجت علىّ " فقال الزوج "كل امرأة لى طالق ثلاثا " طلقت المخاطبة ، وروى عن أبى يوسف أنها لاتطلق، و حكى عن بعض المتأخرين من مشايخنا أنه ينبغى أن يحكم الحال فى هذا ، فان كان قد جرى بينهما قبل ذلك مشاجرة و خصومة يدل على أن ذلك أغضب الزوج ، وأن الزوج قال ذلك على سبيل الغضب يقع الطلاق عليها ، و إن لم يجر بينهما قبل ذكل خصومة و مشاجرة يدل على أن ذلك

أغضب الزوج لايقع الطلاق عليها ، قال شمس الأئمة السرخسى : هذا القول حسن عندى . و كذلك إذا قالت: " إنك تريد أن تتزوج على" فقال الزوج "كل امرأة أتزوجها فهى طالق" فطلق المخاطبة ثم تزوجها تطلق ، ولو قيل لرجل امرأته غير هذه المرأة فقال: "كل امرأة لى فهى طالق" لا تطلق هذه ، إذا قال لامرأته "كل امرأة أتزوجها باسمك فهى طالق" فطلق هذه المرأة ثم تزوجها لا تطلق و إن نواها عند اليمين . **وفى الظهيرية :** ولو قال " إن تزوجت امرأة بهذا الاسم فهى طالق" فتزوجها طلقت ، **وفى الخانية :** كما لو قال "كل امرأة أتزوجها غيرك فهى طالق" لا تدخل هى فى اليمين و إن نواها . **وفى الذخيرة :** و إذا قال "كل امرأة لى طالق" لا تدخل فيه المبانة بالخلع و الايلاء إلا أن يعنيها .

الفصل الثامن عشر

فى الطلاق الذى يقع بقوله : أول امرأة أتزوجها ، و بقوله : آخر امرأة أتزوجها

٧٤٠٧:- قال محمد **فى الأصل** : إذا قال الرجل "أول امرأة أتزوجها فهى طالق" فتزوج امرأتين فى عقدة و واحدة فى عقدة لم تطلق واحدة منهن ، فإن كان قال مع هذا :"أو آخر امرأة أتزوجها فهى طالق" لاتطلق الثالثة مالم يمت الزوج، فإذا مات يقع الطلاق عند أبى حنيفة مستندا إلى وقت التزوج ، و عندهما مقتصرا ، ولو قال: "آخر امرأة أتزوجها فهى طالق" فتزوج امرأة لم يتزوج قبلها، ولا بعدها حتى مات لم تطلق . ولو قال: "أول امرأة أتزوجها فهى طالق" فتزوج امرأتين إحداهما معتدة الغير ، وقع الطلاق على التى صح نكاحها ، وكذلك لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم تزوج بعدها أخرى نكاحا صحيحا يقع الطلاق على الأخرى ، إذا قال الرجل: "آخر امرأة أتزوجها طالق" فتزوج عمرة ثم تزوج زينب ثم طلق عمرة قبل الدخول بها ، ثم تزوج عمرة ثانيا ثم مات الحالف : طلقت زينب ولا تطلق عمرة .

٧٤٠٨:- ولو نظر إلى عشر نسوة فقال "آخر امرأة اتزوجها منكن طالق" فتزوج واحدة منهن، ثم تزوج أخرى، ثم الأولى ثم تزوجها ثم مات : فالطلاق واقع على التى تزوجها مرة، دون التى تزوجها مرتين ، وهذه المسألة، والمسألة الأولى سواء إذا مات الزوج بعد تزوج الثانية ، و إنما تفترقان فيما إذا لم يمت الزوج حتى تزوج العاشرة ، بأن تزوج مثلا أربعا و فارقهن، ثم تزوج أربعا أخر و فارقهن، ثم تزوج التاسعة، ثم تزوج العاشرة : فإن العاشرة تطلق كما تزوجها مات الزوج أو لم يمت ، وفى المسألة الأولى عشر نسوة على التفاريق، فالعاشرة لاتطلق مالم يمت الزوج .

٧٤٠٩:- ولو نظر إلى امرأتين و قال آخر امرأتين أتزوجها منكما فهى طالق" فتزوج إحداهما ثم تزوج الأخرى طلقت الثانية حين تزوجها و إن لم يمت الزوج ، ولو قال: "آخر امرأة أتزوجها طالق" فتزوج امرأة و طلقها، ثم تزوجها ثانيا ثم مات لم تطلق ، ولو قال: "آخر تزوج أتزوجه فالتى أتزوج طالق " فتزوج امرأة فطلقها ثم تزوج أخرى، ثم تزوج التى طلقها ثانيا فمات الزوج : طلقت التى تزوجها مرتين لا التى تزوجها مرة ، وكذلك لو نظر إلى عشر نسوة و قال "آخر تزوج أتزوجه منكن فالتى أتزوج طالق" فتزوج واحدة، فطلقها ثم تزوج أخرى، ثم تزوج التى طلقها ثم مات الزوج : طلقت التى تزوجها مرتين ، ولو تزوج العاشرة لم تطلق العاشرة حتى يموت الزوج .

الفصل التاسع عشر

فى الشهادة فى الطلاق والدعوى والخصومة فى ذلك

۷٤۱۰:- قال محمد **فى الأصل :** إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا ولم يسميا، فالقياس أن لا تقبل شهاد تهما ، وفى الاستحسان تقبل، و يجبر الزوج على البيان ، وبه أخذ علماؤنا، و إذا شهد الشهود على رجل أنه طلق امرأته فلانة، وقالت امرأته: "ما طلقنى" و قال الزوج: "ليس اسمها فلانة" و شهد الشهود على أن اسمها فلانة، والطلاق ثلاث، فإنه ينبغى للقاضى أن يفرق بينهما ، وكذلك هذا فى عتق الأمة إذا شهد الشهود أنه أعتق فلانة، وشهد الشهود أن اسم مملوكته فلانة ، وقالت فلانة: "لم يعتقنى" فإن القاضى يقضى بالعتق.

و إذا شهد الشاهد على تطليقة، وشهد آخر على تطليقتين أو على ثلاث تطليقات، لم تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه، وعند أبى يوسف و محمد رحمهما اللّٰه تقبل الشهادة على تطليقة واحدة ، وهو نظير مالو شهد أحد الشاهدين بألف ، والآخر شهد بألفين، والمدعى يدعى الألفين لاتقبل الشهادة عند أبى حنيفة أصلا .

۷٤۱۱:- وإذا شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار، وقد دخلت الدار، وشهد الآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا، وقد كلمت : فشهادتهما باطلة أيضا، و كذا إذا شهد أحدهما بالخلية والآخر بالبرية، أو شهد أحدهما بالبتة وشهد الآخر بالبائن، فشهادتهما باطلة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال: " إن دخلت فلانة و فلانة الدار " وشهد الآخر أنه قال: "إن دخلت فلانة الدار، فهى طالق" فشهادتهما باطلة .

۷٤۱۲:- ولو شهد أحدهما أنه قال لامرأته: " إن دخلت الدار فأنت طالق، و فلانة معك" وشهد الآخر أنه قال لها: " إن دخلت الدار فأنت طالق" فانه تقبل الشهادة على طلاقها، ولا تقبل على طلاق فلانة، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قال: "فلانة طالق لا بل فلانة" وشهد الآخر أنه قال "فلانة طالق" سمى الأولى لاغير، تقبل شهادتهما على طلاق فلانة لاتفاقهما على طلاقهما لفظا و معنى .

۷٤۱۳:- وإذا اختلفا فى مقدار الشروط التى علق بها الطلاق، أو فى

التعليق، والإرسال، أو مقدار الأجعال، أو فى صفاتها، أو فى اشترا طها، وحذفها، فذلك كله اختلاف فى المشهود به، فيمنع قبول الشهادة ، **وفى الولوالجية :** إذا شهد شاهدان أنه طلق إحدى امرأتيه بعينها و قد نسياها فشهادتهما باطلة ،و إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا، وجحد الزوج والمرأة ذلك فرق بينهما؛ لأن الشهادة على الطلاق تقبل من غير دعوى ، وكذلك الشهادة على عتق الأمة .

٧٤١٤:- م : وإذا شهد الرجل على طلاق أمة إذا كانت الأمة تدعى الطلاق لا تقبل شهادته ، وإن كانت تجحد تقبل شهادته، وهذا بخلاف مالو شهد على طلاق ضرة أمة حيث لاتقبل شهادة، ادعت الأمة ذلك أو جحدت .

وفى جامع الجوامع : طلق ثلاثا فشهد اثنان، أنك استثنيت، ولا يذكر إن كان مايجرى على لسانه لا يحفظ فى الغضب فله أن يعتمد ، وإلا فلا.

٧٤١٥:- وفى الولو الجية : ولا تجوزشهادة الأب على طلاق ابنته إذا ادعت ، و إن جحدت جاز، وتجوز شهادة الأب مع الآخر على الابن بطلاق امرأته، وكذلك شهادة الابن على ابيه إذا لم يكن لأمه أو لضرتها .

٧٤١٦:- وإذا شهد شاهد على الطلاق، فسألت المرأه القاضى أن يضعها على يدى عدل حتى تأتى بشاهد آخر، لم يفعل ذلك، ودفعها إلى زوجها حتى تأتى ببقية شهودها ، و إن كان الطلاق بائنا فقالت: "إن بقية الشهود ليس فى المصر" وكذلك إن ادعت أن بقية شهودها فى المصر وشاهدها فاسق ، وكذلك و إن كان عدلا فإن أجلها ثلاثة أيام، و حال بينها و بين الزوج حتى ينظر ماتصنع بشاهدها الآخر، فذلك حسن ، وإن دفعها إلى الزوج فلا باس .

٧٤١٧:- م : وإن شهد على طلاق أخته قبلت شهادته، ادعت الأخت ذلك أو جحدت، و إذا شهد أحد الشاهدين على تطليقة بائنة، و شهد الآخر على تطليقة رجعينة قبلت شهادتهما على تطليقة رجعية ، و إذا شهد أحدهما بتطليقة، والآخر بنصف تطليقة، لاتقبل شهادتهما عند أبى حنيفة ، كمالو شهد أحدهما بتطليقة، وشهد الآخر بتطليقتين .

و إذا اختلفا في الإنشاء والإقرار بأن شهد أحدهما بالإنشاء، و شهد الآخر بالإقرار، أو اختلفا في الزمان أو في المكان بأن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الجمعه، وشهد الآخر أنه طلقها يوم السبت، أو شهد أحدهما أنه طلقها في بلدة كذا، و شهد الآخر أنه طلقها في بلدة كذا : تقبل شهادتهما ،**وفي جامع الجوامع :** [وقال] زفر:لا .

٧٤١٨:- م : ولو شهد أحدهما أنه طلقها يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بكوفة لاتقبل شهادتهما ، لا لاختلاف المكان بل لأن القاضي تيقن بكذب أحدالشاهدين ، ولو كانا شهدا بذلك على يومين متفرقين بينهما من الأيام على قدر ما يسير الراكب من الكوفه إلى مكة، جازت شهادتهما، ثم في الوجه الأول لو كان أحد الفريقين شهد أولا، و قضى القاضي بشهادتهم ، ثم شهد الفريق الآخر، فالقاضي لايقضي بشهادة الفريق الثاني، ولا يبطل قضاء ه، وشهادة الفريق الأول، و نظير هذه المسألة مالو قال لامرأتين له: "أيتكما أكلت هذا الرغيف فهي طالق" فجاء ت كل امرأة بالبينة أنها هي التي أكلت لاتقبل شهادتهما .

٧٤١٩:- وفي نوادر هشام : عن محمد رحمه اللّٰه في رجل ادعت عليه امرأته أنه طلقها ثلاثا، و هو يجحد، ثم مات الزوج، فجائت المرأة تطلب الميراث قال : إن صدقته المرأة قبل أن يموت، و قالت "صدقت لم تطلقني" و رثته، و إن لم ترجع إلى تصديقه حتى مات لم ترثه ، مرت امرأة بين يدي رجل فقال الرجل: "هي طالق" وسمع ذلك منه قوم، ثم رأوها معه بعد ذلك، فقال "هذه امرأتي" فشهدوا عليه أنه طلقها، فقال الرجل: "طلقتها أمس، وهي ليست بامرأة لي، و تزوجتها اليوم: " وقال القوم :"طلقتها أمس ولا ندري أكانت امرأته أم لا " لا تطلق حتى يشهدوا عليه أنه طلقها وهي امرأته ، **ابن سماعة في نوادره :** عن محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ في رجل شهد عليه شاهد أنه طلق امرأته واحدة، وشهد آخر عليه أنه طلقها ثلاثا : فهي واحدة يملك الرجعة .

٧٤٢٠:- وفي المنتقى : روى عن محمد في رجل قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا إن كان دخل الدار اليوم" فشهد شاهد أنه دخل قال : فامرأته طالق ، فإن قال الزوج "عبدي حر إن كانا رأياني دخلت الدار" معناه : إن كان الشاهدان رأياني ،

لايحكم بعتق العبد بقولهما حتى يشهد شاهدان غير الأولين : رأياه قد دخل : وكذلك لو كان الزوج قال: " عبدى حر إن لم يكونا شهدا على مرور " لا يحكم بعتق عبده بشئ ، عن أبى يوسف رحمه اللّٰه : شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته، وشهد آخران فى ذلك بأنه قال: إن دخلت الدار" والمجلس واحد، والكلام واحد : فإنى آخذ بينة الباقيات، ولو لم تدع المرأة بذلك فرقت بينهما.

٧٤٢١:- داؤد بن رشيد عن محمد رحمه اللّٰه تعالیٰ: شهد شاهدان على رجل أنه طلقها واحدة قبل أن يدخل بها، وشهد آخران أنه طلقها ثلاثا، ولا يدرى أيهما أول قال : أجعلها ثلاثا ، وكذلك لو شهد كل فريق منهما بطلاق معلق بدخول الدار، **وفى نوادر ابن سماعة عن محمد :** إذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة، وشهد آخر أنه طلقها ثنتين، وشهد آخر أنه طلقها ثلاثا، وكانت المرأة مدخولا بها ، قال : طالق ثلاثا ، وإن لم يكن دخل بها فهى طالق ثنتين .

٧٤٢٢:- رجل حلف بطلاق امرأته، أو بعتاق عبده أن لايتغيب عن فلان، وفلان خصم له يدعى عليه حقا، فشهدت عليه بينة أنه قد خرج من المصر خروج هرب من المدعى، ولم يشهدوا على إقرار الخارج أنه هرب من الخصم، قال أبو يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ : إذا شهدوا عليه أنه خرج خروج هرب منه، و تغيب عنه قبلت الشهادة: فطلقت المرأة، و عتق العبد ، قال : وهذا عندى بمنزلة الشهادة على الإباق.

٧٤٢٣:- رجل جعل أمر امرأته بيدها، ثم قال لرجلين: 'أخبراها أنى جعلت أمرها بيدها" فقالا: نشهد أنا أخبر ناها أن زوجها قد جعل أمرها بيدها، فطلقت نفسها، والزوج يجحد ذلك : أجزت شهادتهما ، ولو قال لهما "اجعلا أمرها بيدها" فقالا: "نشهدا أنا جعلنا أمرها بيدها وأنها اختارت نفسها" لم أقبل شهادتهما.

٧٤٢٤:- ابن سماعة عن أبى يوسف : إذا اختلف شاهدا الطلاق، فشهد أحدهما أنه طلقها بالنبطية، أو بالفارسية، أو بلسان آخر غير ذلك، وشهد آخر أنه طلقها بالعربية، لاتقبل شهادتهما ، قال : ولو كان هذا فى الإقرار بمال آخذ به ، وقال فيما إذا شهد شاهد على رجل أنه قال "أنت حر" و شهد الآخر أنه قال بالفارسية : تو آزادى ! تقبل شهادتهما .

٧٤٢٥:- ابـن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف : إذا قـال لامرأته: إن قلت لك : أنـت طالق فعبدى حر" فشهد عليه شاهد أنه قال لها يوم الجمعة غدوة "أنت طـالـق" وشهـد عـليـه شـاهـد آخر أنه قال لها يوم الجمعة عشية: أنت طالق، قبلت شهـادتهـما، وعنه أيضا فى صورة أخرى : إذا قال لامرأته " إن كـلمت فلانا فأنت طالق" فشهد أحد الشاهدين أنه كلمه غدوة ، وشهد الآخر أنه كلمه عشية، طلقت امـرأتـه، وعـنـه فـى فصل العتق بخلاف هذا، فإنه قال فيمن قال لعبده " إن كلمت فـلانـا فأنت حر" فشهد شاهد أنه كلمه اليوم، وشهد الآخر أنه كلمه امس، لا تقبل الشهـادة، وعـنـه أيضا : إذا قـال لها " إن دخـلـت الـدار فـأنت طالق" فشهد أحد الشـاهـديـن أنـه دخلها غدوة، وشهد الآخر أنه دخلها عشية لم تقبل، و عنه أيضا : لـو جـعـل أمـر امرأته بيدها، فشهد شاهد أنها اختارت نفسها يوم الخميس، وشهد آخر أنها اختارت نفسها يوم الجمعة لاتقبل شهاد تهما .

٧٤٢٦:- وفى نوادر هشام : قـال : سـمعت محمدا يقول فى رجل تحته أمة أعتـقـت، فشهـد شاهد عليه أنه طلقها، وهى أمة ثنتين، وشهد آخر أنه طلقها بعد ما أعتقت ثلاثا : فهى تطليقتان يملك الرجعة، قال هشام : وسمعته يقول فى شـاهد شهد أن فلانا طلق امرأته ثلاثا البتة، وشهد آخر أن فلانا طلقها ثنتين البتة، قال : هى تطليقتان يملك الرجعة .

٧٤٢٧:- وذكر ابن سماعة فى نوادره : عن أبى يوسف : إذا شهد شاهد أنه قال: إن دخلت الدار فامرأتى طالق، وشهد آخر أنه قال: إن دخلت هذه الدار وهذه الـدار فـامرأتى طالق، فالشهادة باطلة ، إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لامرأته، إن كـلـمـت فـلانـا فـأنت طالق ثلاثا، فالقاضى يسأل المرأة، هل كلمت فلانا بعد اليـمـيـن ؟ فـإن قـالـت : نـعـم ، سـمـع من الشاهدين شهادتهما ، و إن قـالـت : لا ، لايسمع شهادتهما ، و إن قالت : لاادرى ، و هناك شهود يشهدون بكلامها يسمع الـقاضى شهادتهم، فإذا شهد الشاهدان على اليمين، وشهد آخران على الكلام بعد ذلك فرق بينهما ، فإن كان حلف فى ذلك بطلاق كل امرأة وله امرأة أخرى غائبة،

وحضرت بعد مانفذ الحكم، فإن القاضى يطلقها فى قول أبى يوسف ، ولا يطلقها فى قول أبى حنيفة حتى يعيد الشهود الشهادة على اليمين، والشهادة على الكلام .

٧٤٢٨:- وفى النوازل : قال نصير: سمعت الحسن بن زياد فى رجل قال: إن زينت أبدا فامرأتى طالق ثلاثا" فشهد شاهدان على إقراره بالزنا ، قال : تطلق امرأته ، قال : ولا يقام عليه الحد ، و إن شهد شاهدان على المعاينة، وهما محدودان فى القذف، لايقع الطلاق ، و إن شهد أربعة، فعدل منهم اثنان، ولم يعدل اثنان، قال أبو يوسف رحمه اللّٰه : أقبل ولا تطلق .

٧٤٢٩:- م : وإذا شهد شاهدان عند المرأة بطلاقها، فهذا على وجهين : إن كان الزوج غائبا، وسعها أن تتزوج ، و إن كان الزوج حاضرا جاحدا الطلاق لايسعها أن تتزوجها ، ولكن لايسعها أن تمكنه من نفسها .

٧٤٣٠:- إذا شهد الشهود على رجل أن امرأته هذه محرمة عليه بثلاث تطليقات، أو قالوا: عليه حرام بثلاث تطليقات: ولم يقولوا: طلقها ثلاثا، قال : فى الشهادة قصور ، ولا بد من إضافة الطلاق إليه ، و قيل : لاقصور فى الشهادة، ولا حاجة إلى إضافة الطلاق إليه ، وهو الأشبه والأصوب .

٧٤٣١:- وفيه أيضا : إذا شهد شاهدان على رجل أنه حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا و قد فعل و حنث فى يمينه فقيل : ينبغى أن لاتقبل الشهادة بدون لفظ اليمين .

٧٤٣٢:- وفيه أيضا : إذا شهد الشهود أن هذه المرأة حرام على زوجها هذا، لاتقبل شهادتهم ، لأن الحرمة أنواع : حرمة بالإيلاء ، و حرمة بالظهار ، و حرمة بالطلاق ، وأحكامها مختلفة، فلابد من البيان .

الفصل العشرون فی طلاق المريض

٧٤٣٣:- فی الملتقط : قال محمد رحمه اللّٰه : إذا مرض الرجل، و قد دخل بامرأته أكره أن يطلقها ، ولو كان قبل الدخول لا يكره، **م :** إذا طلق المريض امرأته طلاقا رجعيا ورثت ما دامت فی العدة ، **وفی السغناقی :** سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها ، وسواء كان الطلاق بفعلها أو بفعله ، وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن ، **وفی الخانية :** و كذا لو ماتت المرأة فی العدة ورثها الزوج . **م :** ولو طلقها طلاقا بائنا أو ثلاثا، ثم مات وهی فی العدة، فكذلك عندنا ترث ، **وفی التجريد :** وقال الشافعی رحمه اللّٰه تعالیٰ : لاترث.

٧٤٣٤:- م : ولو انقضت عدتها ثم مات لم ترث ، **وفی الخانية :** وقال مالك وابن أبی ليلی : لها الميراث، **م :** وهذا إذا طلقها من غير سؤالها ، **وفی الينابيع :** ولا رضاها ، **م :** فأما إذا طلقها بسؤالها، **وفی الينابيع :** أو خالعها . و مات وهی فی العدة . ، **وفی الخلاصة الخانية :** أو قال لها "اختاری" واختارت نفسها، فلا ميراث لها ، وكذلك إذا وقعت الفرقة بمعنی من قبلها فلا ميراث لها .

٧٤٣٣:- أخرج ابن أبی شيبة عن الشعبی : أن أم البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان، فلما حصر طلقها ، وقد كان أرسل إليها يشتری منها ثمنها فأبت ، فلما قتل أتت عليا فذكرت ذلك له ، فقال : تركها حتی إذا أشرف علی الموت طلقها، فورثها . مصنف ابن أبی شيبة ، الطلاق ، من قال ترثه مادامت فی العدة منه ، إذا طلق وهو مريض . ١٥٤/١٠ برقم ١٩٣٨١ .

وأخرج الدار قطنی عن عبد اللّٰه بن أبی مليكة ، قال : سألت عبد اللّٰه بن الزبير عن الرجل يطلق امرأته فيبتها ، ثم يموت فی عدتها ، فقال ابن الزبير : طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضربنت الأصبغ الكلبية ، ثم مات وهی فی عدتها ، فورثها عثمان . سنن الدار قطنی ، الطلاق ، ٣٥/٤ برقم ٤٠٠٥ .

وأخرج البيهقی نحوه فی سننه ، الخلع والطلاق ، باب ماجاء فی توريث المبتوتة فی مرض الموت ٢٧٣/١١ برقم ١٥٥١٠ .

٧٤٣٤:- قول المصنف : فأما إذا طلقها بسؤالهاالخ أخرج ابن أبی شيبة عن الحارث العكلی أنه قال : إذا اختلعت المرأة من زوجها وهو مريض ، ثم مات فی العدة ، فلا ميراث لها. ←

٧٤٣٥:- و عـن هذا قلنا : إن امـرأة العنين إذا اختـارت نـفسها فى مرض الـزوج، فـلا ميراث لها ، و إذا جـامـعهـا ابـن المريض مكرهة . **وفـى التجريد :** أو مـطاوعة، لـم ترث ، وقال **فى الأصل :** إلا أن يـكـون الأب أمر الابن بذلك، ففعل، فينتقل فعل الابن إلـى الأب فى حق الفرقة، كأنه باشره بنفسه فيصير فارا،ولو قالت "طـلـقـنـى طلاقا رجعيا" فطلقها ثلاثا ثم مات ورثت، **وفـى شرح الكنز :** ولو قالت "طلقنى بائنة" لاترث .

٧٤٣٦:- وفـى الـظهيرية : إذا فـارقـت الـزوج بـخيـار الـعتق والبلوغ فى مـرضهـا، ورثهـا الـزوج ، وفـى الـفرقة بسبب الجب والعنة لايرثها، **وفـى الينابيع :** وكذلك إذا قـذفها فالتعنا وهى مريضة، وفرق القاضى بينهما، و مات وهى فى العدة ورثت ، وإن كانت الفرقة بسبب اللعان ورث بالإجماع إن كان القذف فى مرضه ، و إن قذفها وهو صحيح لا فى مرض، وفرق القاضى بينهما، و مات وهـى فـى الـعـدة فـكـذلك عـنـد أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد و زفر رحـمهـما الله تعالىٰ : لاترث ، ولو آلى منها و هو صحيح وبانت بالإيلاء وهو مـريـض لـم تـرث، ولـو كـان الإيـلاء فـى مـرض مـوته ورثت منه بالإجماع ، **وفى الكافى :** أمة تـحـت حـر عتقت، ووهب لها مال، فاختارت نفسها، وهى مـريـضة، ثـم مـاتـت فـى الـعـدة ورث زوجها ، وكذلك صغيرة زوجها أخوها فاختارت نفسها فى مرضها، أو قبلت ابن زوجها ورثها .

٧٤٣٧:- ولـو قال صحيح لموطوءتيه " إحـدا كما طالق ثلاثا" ثم بين فى مرضه فى إحداهما، صار فارا بالبيان و ترث ، ولو ماتت إحداهما قبل بيان الزوج،

← وأخـرج أيضا عن سماك بن عمران : أن عبد الملك سأل قبيصة عن المختلعة يتوارثان ؟ قال لا، لأنهـا افتـدت بـمالها طيبة به نفسها . مصنف ابن أبى شيبة ، الطلاق ، ما قالوا فيه : إذا اختلعت من زوجها وهو مريض فمات فى العدة . ٥٨/١٠، ٥٩ ، برقم ١٨٨٥٩- ١٨٨٦١ .

وأخـرج عبدالرزاق عن الثورى قال : إذا خيـر الـرجل امرأته وهو مريض ، فاختارت نفسها ، أو اختـلـعـت ، أو سـألتـه الطلاق ، فلاميراث بينهما ، لأن ذلك جاء من قبلها. مصنف عبدا لرزاق ، الطلاق ، باب يخيرها وهو مريض . ١٦/٧ برقم ١٢٠٠٦ .

ثـم مات الزوج تعينت الأخرى للطلاق ولـم ترث ، ولو ماتت التى بين الطلاق فيها قبـل مـوت الـزوج لم ترثه وصح البيان فيهما، وكان الإرث للأخرى ، فإن لـم يمت الـزوج، ولم يبين حتى ولدت إحـداهـمـا لأقـل مـن سنتين، فهو ليس ببيان، وبقى الـزوج على خياره ، فإن نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان لم يبين أو قال "عنيت عند الإيقاع التى لم تلد" يلاعن بينه وبين التى ولدت، و يقطع نسب الولد، و يلحق بالأم ، و إن قال: عنيت التى ولدت يحد، و إن قال: لم أعن عند الإيقاع أحدا ولكن أريـد التـى ولـدت" لا يحد ولا يلاعن أيضا والنسب ثابت ، و إن ولدت لأكثر من سـنتين من وقت الايقاع تعينت الأخرى للطلاق ، و إن نفى الولد يلاعن ولا يقطع الـنسـب عنه ، و إن ولدت كل واحدة لأكثـر مـن سـنتيـن من وقت الإيقاع وبين الـولادتيـن يـوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق فى الأخرى : فإذا ولدت الأخـرى بـعـده لا يتـحـول الطلاق الواقع عليها إلـى غيـرهـا، وصار كما إذا و طأ إحداهما ثم الأخرى يقع على الموطوءة آخراً كذا هنا ، ويثبت نسب الولدين .

٧٤٣٨:- م : وحـد مـرض الـموت الذى يصير الزوج بالطلاق فيه فارا، ولا يـصـح من المريض تبرعاته، أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض ، فأما الذى يـجـئ ويـذهـب فـى حوائجه، فليس بمريض ولا فار، و إن كـان يشتكى ويحم ، هـكـذا ذكـره مـحـمـد رحمه الله، وهكذا ذكر القدورى فى شرحه، فقد شرط أن يـكـون صـاحب فراش ، وبه أخذ بعض مشايخ بلخ، وبعض مشايخ ما وراء النهر ، حتـى أن عـلـى قـول هـؤلاء مـن أخذه وجع البطن لايكون مريضا مرض الموت . واختـلـفـوا فيـمـا بيـنـهم فى معنى قوله "فأما الذى يجئ ويذهب فى حوائجه" قال مشـايخ بلخ : أراد به الذهاب إلـى حوائجه فى البيت من مشيه إلى الخلاء وأشباه ذلك ، و قـال مشايخنا : أراد به الذهاب إلـى حوائجه خارج البيت ، حتى أن على قول مشايخنا إذا أمكنه الذهاب إلـى حـوائجه فى البيت ولكن لايمكنه الذهاب إلى حوائجه خارج البيت، فهو مريض وهو الصحيح ، فأما المرأة لاتحتاج إلى الخروج عن البيـت فـى حـوائجها فلا يعتبر هذا الحد فى حقها ، ولكن إذا كـانت بحيث لايمكنها الـصـعود على السطح فهى مريضة، **وفـى الخانية :** قـال بعضهم : إن كـانت لاتقدر أن

تصلى قائمة، ولا تذهب إلى المخرج من غير معين كانت صاحبة فراش .

٧٤٣٩:- وفى الكافى : وقد قيل : إذا كان يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بأحد فهو صحيح ، وهذا ضعيف؛ لأن المريض جدا لا يعجز عن هذا القدر .

٧٤٤٠:- م : وقد ذكر محمد فى الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة لا كونه صاحب فراش، فإنه قال : إذا أخرج الرجل للقصاص أو الرجم فهو فى حكم المريض ، وكذا قال : إذا بارز و خرج عن الصف، فهو فى حكم المريض .

٧٤٤١:- وفى الخانية : والذى يكون موازيا للعدو إذا طلق لايكون فارا ، **م :** ولو كان محصورا أو محبوسا فى حد أو قصاص أو واقفا فى صف القتال، فهو فى حكم الصحيح . **وفى الحجة :** ولو قدم المقتل أو بارز و خرج عن الصف فهو بمنزلة المريض، والمرأة فى حالة الطلق فى حكم المريض و إن لم تكن صاحبة فراش ، **وفى الظهيرية :** إن أخذها الوجع ثم يسكن ذلك الوجع فباعتبار ذلك الوجع لاتصير فى التبرعات كالمريضة بمنزلة مرض يعقبه برء، و إنما تصير كالمريضة إذا أخذها الوجع الذى يكون آخره انفصال الولد ، **وفى الكافى :** وعند مالك إذا مضت ستة أشهر من حين حبلت فهى كالمريضة؛ لأنها تلد ساعة فساعة ، **وفى الغيائية :** إذا وهبت صداقها فى حالة الطلق لا يصح بلا خلاف ، **م :** وإذا نزل للسبح أو ركب سفينة فهو فى حكم الصحيح ، **وفى الظهيرية :** فإن هاجت الأمواج، و تلاطمت، وخيف عليه الغرق، فهو كالمريض .

٧٤٤٢:- م : وإذا أخذه السبع بفمه، أو انكسرت سفينة، وبقى على لوح واحد، فهو فى حكم المريض ، **وفى الخانية :** فإن طلق بعد اضطراب السفينة قبل الانكسار لا يكون فارا، **وفى الجامع :** أيضا ما يدل على أن الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة، فإنه قال فى المشلول و المقعد والمفلوج : ما دام يزداد ما به فهو فى حكم المريض ، فإن صار قديما لا يزداد فهو بمنزلة الصحيح .

٧٤٤٣:- وفى الخانية : وأما المقعد والمفلوج تكلم المشايخ فيه ، قال محمد بن سلمة : إن كان يرجى برؤه بالتداوى، فهو بمنزلة المريض ، و إن كان

لايرجى فهو بمنزلة الصحيح، وقال أبو جعفر : إن كان يزداد كل يوم فهو مريض ، وإن كان يزداد مرة، وينتقص مرة أخرى، ينظر إن مات بعد ذلك بسنة فهو بمنزلة الصحيح ، و إن مات قبل السنة فهو بمنزلة المريض ، و روى أبو نصر العراقى عن أصحابنا: ينظر إن كان يصلى قاعدا فهو بمنزلة الصحيح ، و إن كان يصلى مضطجعا فهو بمنزلة المريض ، وكذلك صاحب الجرح والوجع الذى لم يجعله صاحب فراش فهو كالصحيح ، **م :** وكذا المدقوق على هذا، و به أخذ بعض المشايخ و به كان يفتى الصدر الكبير برهان الدين وصدر الشهيد حسام الدين ، ومن المشايخ من قال : إذا أخرج للرجم فهو فى حكم المريض ، و إذا أخرج للقصاص فهو فى حكم الصحيح . وهذا خلاف ما ذكرنا فى مسائل الأصل.

٧٤٤٤:- وفى الجامع الصغير العتابى : ولو قتل فى مرضه، أو شرب دواء فمات من ذلك الوجه فهو كما لو مات حتف أنفه، **وفى الخانية :** والذى يكون موازيا للعدو إذا طلق امرأته لا يكون فارا، **م :** ثم فى كل موضع صار فى حكم المريض، فطلقها و مات، وهى فى العدة، و رثت مات بهذه الجهة أو بجهة أخرى، هكذا ذكر **فى الجامع الصغير :** ولهذا قال **فى الأصل :** المريض الذى هو صاحب فراش إذا طلق امرأته ثلاثا، ثم قتل إنها ترث.

٧٤٤٥:- وفى الخانية : ولو كان صاحب فراش، و طلق، ثم صح، ثم مرض، ثم مات لا يكون فارا . **م :** ولو طلقها ثلاثا، وهو مريض، وهما لا يتوارثان، ثم صارا بحال يتوارثان نحو أن يكون أحدهما عبدا فيعتق أو تكون المرأة كتابية فتسلم، لم ترثه ، ولو طلقها ثلاثا وهو مريض ثم قبلت ابن زوجها. **وفى الكبرى :**

٧٤٤٤:- أخرج عبدالرزاق عن ابن جريج قال : أخبرنى ابن شهاب : لما أمريبزيد بن عبدالله أن يقتل ، طلق امرأته ثلاثا ، فورثته ، مصنف عبدالرزاق ، الطلاق ، باب طلاق المريض . ٦٣/٧ برقم ١٢١٩٨ .

٧٤٤٥:- أخرج عبد الرزاق عن الثورى فى رجل طلق امرأته تطليقتين، وهو مريض ، فحاضت حيضتين ، ثم صح فطلقها الثالثة ، قال : لاترثه ؛ لأنه إنما أبانها وهو صحيح، وإن طلقها تطليقتين وهو صحيح ، ثم مرض فبتها ورثته ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب طلاق المريض . ٦٥/٧ برقم ١٢٢٠٩ .

أو لاعن ، ثم مات وهى فى العدة فلها الميراث . **وفى الظهيرية :** وإن طلقها فى مرضه، ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يبرأ فلها الميراث ، طعن عيسى بن أبان، و قال : لا ميراث لها ل؛أن مرض الموت يكون سببا للموت، فوجد و لكنا نقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببا ولا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت .

٧٤٤٦:- وإذا كانت المطلقة فى المرض مستحاضة وكان حيضها مختلفا ، ففى الميراث يؤخذ بالأقل لأن المال لا يجب بالشك ، و إن كان حيضها معلوما فانقطع الدم عنها وكانت أيامها أقل من عشرة أيام، فإن مات قبل أن تغتسل، أو قبل أن يذهب وقت صلاة ترث ، وكذلك إن اغتسلت، وبقى عضولم يصبه الماء، ولو ارتد، وهو صحيح، فمات، أو قتل ورثت منه ، ولو ارتد فى حال صحته، فمات فى الردة، أو قتل، أو لحق بدار الحرب، وهى فى العدة، ورثت منه ، ولو أبانها فى مرضه بخيار الإدراك، أو قبل امرأة ابنه ورثت منه، وإن كانت المرأة هى المريضة لايرثها الزوج ، **وفى الخلاصة :** ولو طلقت المرأة فى مرض الزوج ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، ثم عادت مسلمة، ثم مات الزوج وهى فى العدة لاترث .

٧٤٤٧:- وفى الولوالجية : ولو طلق المريض امرأته قبل الدخول بها، ثم مات لاميراث لها، وإذا طلق المريض امرأته واحدة بائنة، ثم تزوجها فى عد تها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعليها عدة مستقبلة ، ولها الميراث والمهر كاملا ، وله عليها الرجعة فى هذا الطلاق البائن ما دامت فى العدة، وكذلك لو كان الطلاق الأول فى الصحة، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : لارجعة عليها، ولها نصف المهر، وتتم بقية عدتها من الطلاق الأول، ولا ميراث لها بالنكاح الثانى، ولها الميراث بالنكاح الأول إن كان الطلاق فى المرض، ومات

٧٤٤٧:- أخرج عبدالرزاق عن الزهرى فى الرجل يطلق امرأته قبل أن يبنى بها وهو مريض، قال : لها نصف الصداق ، ولا ميراث لها ، ولا عدة عليها .

وأخرج أيضا عن الشعبى قال : لاميراث للتى لم يدخل بها إذا طلقها مريضا ، ولها نصف الصداق ، قال : و بلغنى عن إبراهيم النخعى مثل ذلك . مصنف عبدالرزاق ، الطلاق ، باب المريض يطلق البكر . ٦٨،٦٧/٧، برقم ١٢٢١٧-١٢٢٢٠ .

الزوج قبل انقضاء العدة الأولى ، و إن كان في الصحة فلا ميراث لها ،**وفي الخانية :** إذا طاوعت المرأة ابن زوجها وهي مريضة، ثم ماتت في العدة ورثها الزوج استحسانا ، ولو ارتدت في عدتها ثم اسلمت فلا ميراث لها .

٧٤٤٨:- وإذا علق الزوج طلاق امرأته بفعل نفسه، ففعل ذلك الفعل، وهو مريض فهو فار ، سواء كان التعليق في حالة الصحة، والشرط في حالة المرض ، أو كان التعليق والشرط، في حالة المرض ، **وفي الهداية :** والفعل مما له منه بد أو لابدمنه، و إن حصل التعليق بفعل أجنبي إن حصل التعليق و مباشرة الشرط في مرض الزوج ورثت ، و إن حصل التعليق في حال الصحة، **وفي الجامع الصغير:** والشرط في المرض، لاترث بالاتفاق ، **وفي الكافي :** و قال زفر : ترث . **م:** وكذلك الجواب إذا حصل التعليق بفعل سماوي نحو "مجئ رأس الشهر" وما أشبه ذلك فان حصل التعليق بفعلها إن كان فعلا لها بد منه، **وفي الخانية :** كدخول الدار و كلام الأجنبي ، فانها لاترث على كل حال ، **وفي الولوالجية :** في قول أبي حنيفة و أبي يوسف ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: إن كانت يمينه في صحته لم يكن فارا كان لها منه بد أو لم يكن . **م :** وإن كان فعلا لابد لها منه . **وفي التجريد :** لكلام الأبوين والصلاة والصوم واقتضاء الدين . **م :** إن كان التعليق في حالة المرض ترث بالإجماع ، وإن كان التعليق في حالة الصحة والشرط في حالة المرض فإنها ترث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله : لاترث . **وفي الخلاصة الخانية :** وهو قول زفر .

٧٤٤٩:- وفي النوازل : ولو قال لها " إن خرجت إلى منزل والدتك، فأنت طالق ثلاثا" وهو مريض فخرجت فإنها ترث ، لأن ذلك من الأمور التي لابد لها منه ، وسئل أبو القاسم عن رجل مريض طلق امرأته وصفة مرضه أنه يخرج راكبا؟ قال : حكمه حكم الصحيح ولا يكون فارا ، قيل : أرأيت إن كان خرج ولكن إذا رجع يصيبه على الفراش ؟ قال : لايكون فارا، **وفي الهداية :** ولو طلقها فارتدت، والعياذ باالله ، ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث .

٧٤٥٠:- وفي الخانية : لو طلق المريض امرأته بعد الدخول طلاقا بائنا، ثم

قال لها : إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثا، ثم تزوجها فی العدة طلقت ثلاثا ، فإن مات وهی فی العدة فهذا موت فی عدة مستقبلة فی قول أبی حنيفة وأبی يوسف فيبطل حكم ذلك الفرار بالتزوج ، و إن وقع الطلاق بعد ذلك ، لأن التزوج حصل بفعلهما فلا يكون فارا ، وعلی قول محمد عليها تمام العدة الأولی فإن كان الطلاق الأول فی المرض ورثت ، وإن كان فی الصحة لم ترث .

۷٤٥۱:- وفی الولوالجية : إذا طلق المريض امرأته، ثم قال بعد شهرين "اخبرتنی أن عدتها قد انقضت" وكذبته ثم تزوج أربعا أو أختها فالقول قولها والميراث لها دون الأخت والأربع ، و إذا اختلعت المرأة نفسها من زوجها فی مرضه، ثم مات فی عدتها فلا ميراث لها . ولو كانت المرأة أمة فأعتقت أو كافرة فأسلمت ولم يعلم الزوج بذلك فقال "أنت طالق ثلاثا" فی مرضه كان فارا .

۷٤٥۲:- وفی التجريد : ولو طلقها فی المرض و دام المرض به أكثر من سنتين ثم جائت بولد بعد موته بشهر فلا ميراث لهافی قول أبی حنيفة و محمد رحمهما اللّٰه ، وقال أبو يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ : لها الميراث ، ولو قال فی صحته لأمتين تحته "إحدا كما طالق ثنتين" فأعتقتا، ثم اختار أن يوقع علی إحداهما فی مرضه فلا ميراث لها . ولو كانت إحداهما حرة فأعتق المولی الأمة وبين الزوج الطلاق فيها، فقد ذكر فی الزيادات أنها لاتحل له إلا بعد زوج، ولها الميراث، و لم يذكر خلافا ، وذكر ابن سماعة أن هذا قول أبی يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ الأخير ،

۷٤٥۱:- قول المصنف "و إذا اختلعت المرأه الخ" أخرج ابن أبی شيبة عن الحارث العكلی أنه قال : إذا اختلعت المرأة من زوجها وهو مريض ، ثم مات فی العدة فلا ميراث لها . وأخرج أيضا عن سماك بن عمران : أن عبد الملك سأل قبيصة عن المختلعة يتوارثان ؟ قال : لا لأنها افتدت بمالها طيبة به نفسها . مصنف ابن أبی شيبة ، الطلاق ، ما قالوافيه : إذا اختلعت من زوجها وهو مريض فمات فی العدة ؟ ۵۸/۱۰-۵۹برقم ۱۸۸۵۹-۱۸۸٦۱ .

وأخرج عبد الرزاق عن الثوری قال : إذا اختلعت المرأة ، أو خير ها فاختارت نفسها ، أو سألته الطلاق فی مرضه ، فلا ميراث لها ، لأنه جاء من قبلها . مصنف عبد الرزاق ، الطلاق. باب تخلع من زوجها وهو مريض ، أو تقول : لاصداق لها . ٦٥/۷ برقم ۱۲۲۱۱ .

أما فى قوله الأول وهو قول محمد الطلاق رجعى ولها الميراث .

٧٤٥٣:- م : وإذا جعل طلاق امرأته إلى أجنبى فطلقها فى المرض فإن كان التفويض على وجه لا يملك عزله لم ترث فإن ملك عزله ورثت" **وفى المنتقى :** إذا أمر رجلا فى صحته أن يطلق امرأته ثلاثا فانطلق الوكيل إلى خراسان فطلق امرأة الآمر و وافق ذلك مرض الآمر فلا ميراث لها إذا كان الآمر فى حال لا يستطيع أن يخرج الوكيل ، و إن قدر على إخراجه فلم يخرج فلها الميراث . قلت : و إخراج الوكيل من الوكالة إنما يصح إذا أعلمه الموكل بالإخراج والوكيل هنا غائب فإنه تثبت القدرة على الإخراج إذا كان بحال يخرجه ويعلمه بالإخراج .

٧٤٥٤:- و إذا قال "إن لم أفعل كذا فأنت طالق ثلاثا" فلم يفعل حتى مات ورثت إن كان دخل بها، و إن ماتت هى ورثها، ولو قال: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا، ثم مرض ثم مات ورثته، **وفى الخانية :** وهو الصحيح ، **م :** وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول : ينبغى أن لاترث .

٧٤٥٥:- وفى الخانية : وإذا ارتد الرجل ـ والعياذ بالله ـ فقتل أو لحق بدار الحرب، أو مات فى دار الاسلام على الردة ورثته امرأته ، و إن ارتدت المرأة، وماتت، أو لحقت بدار الحرب إن كانت الردة فى الصحة لايرث زوجها ، و إن كانت فى المرض ورثها زوجها استحسانا ، و إن ارتدا معا، ثم أسلم أحدهما إن مات المسلم منهما لايرثه المرتد، و إن مات المرتد إن كان الذى مات مرتدا هو الزوج ورثنه المسلمة ، و إن كانت المرتدة قد ماتت فإن كانت ردتها فى المرض ورثها الزوج المسلم ، و إن كانت فى الصحة لم يرث ، و إن ارتدت المرأة وهى مريضة، وماتت فى العدة فلزوجها الميراث ، ولو ارتدت وهى صحيحة لم يرثها الزوج، و إن ارتد الزوج ورثت مادامت فى العدة و إن كان الزوج صحيحا .

٧٤٥٦:- المريضة إذا آلى زوجها منها وهو صحيح، ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث ، ولو كان الإيلاء فى المرض ورثت لمباشرته سببا لطلاق فى المرض ، **وفى الكنز :** و إن آلى فى صحته و بانت منه فى مرضه لا .

٧٤٥٧:- إذا قال لامرأته فى مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثا فى صحتى ، أو

قـال : جـامـعـت أم امـرأتي أو ابنة امرأتي أو قال : تزوجتها بغير شهود، أو قال:كان بيننا رضاع قبل النكاح أو قال : تزوجتها في العدة، وأنكرت المرأة ذلك بانت منه ، ولها الميراث إن مات وهي في العدة.

۷٤۵۸:- وإذا مـات الـرجـل فـقالت امرأته "قد كان طلقني ثلاثا في مرض الـمـوت، ومـات وأنـا في العدة ولي الميراث وقالت الورثة "طلقك في صحته ولا ميراث لك" فالقول قولها، **وفي الولوالجية :** كـما لو قالت "طلقني وهو نائم ، وقال الـورثة طلقك في اليقظة كان القول قولها، وهذا بخلاف ما إذا قالت امرأة الرجل بـعـد مـوتـه "قـد كنت أعتقت قبل أن يموت زوجي ولي الميراث" وقالت الورثة: "لابـل أعـتقـت بـعـد مـوته" أو قالت امرأة مسلم وهي يهودية أو نصرانية بعد موته "أسلمت قبل موته" وقالت الورثة بل أسلمت بعد موته" فالقول للورثة .

۷٤۵۹:- وإذا طـلـق امـرأتـه ثـلاثـا فـي مرض موته، ثم مات وهي تقول " لم تنقض عدتي" قبل قولها مع اليمين، و إن تطاولت المدة فإذا حلفت أخذت الميراث ، وإن نـكلت فلا ميراث لها ، كما لو أقرت بانقضاء العدة ، ثم أنكرت الانقضاء ، وإن لم تـقـل شيـئا، ولكنها تزوجت بزوج آخر في مدة تنقضي في مثلها العدة ، ثم قالت "لم تـنـقض عدتي من الأول" فإنها لا تصدق على الثاني وهي امرأة الثاني، ولا ميراث لها من الأول ، وجعل إقـدامهـا على التزوج إقـرار مـنهـا بـانقضاء عدتها دلالة ، ولو لم تتـزوج ولـكـن قـالـت "أيسـت من الحيض" فاعتدت بثلاثة أشهر، ثم مات الزوج و حـرمـت عـن الـميـراث، ثـم تزوجت بعد ذلك بزوج، وجائت بولد أو حاضت فلها الـميـراث من الأول: ونكاح الآخر فاسد، **وفي الخانية :** ولـو أنهـا لم تلد بعد التزوج ولكنها قالت "حضت" كان للزوج الثاني أن لايصدقها ولا يفسد نكاح الثاني .

۷٤۵۸:- أخرج عبد الرزاق عن الثوري في المرأة يطلقها زوجها ثلاثا ثم يموت ، فتقول : طـلـقـني وهو مريض ، فقال : أهله : بل طلقك صحيحا ، على مَنِ البينة ؟ قال : القول قولها ، إلا أن يـأتـوهـم بـالبيـنة أنـه طـلـقـها وهو صحيح . مصنف عبدالرزاق ، الطلاق ، باب تقول : طلقني وهو مريض . وتقول الورثة وصحيح . ٦٦/٧، برقم ١٢٢١٥ .

۷٤٦۰:- ولـو جـائـت الفرقة من المرأة فى مرضها، أو فى حال طلقها بردة ورث الزوج منها ، **وفى الظهيرية :** مـريـض قال لامرأتين له "إن دخلتما الدار فأنتما طـالـقـان ثـلاثـا" فـدخـلتـا الـدار مـعـا، ثم مات و همافى العدة ورثتا، وإن دخلت إحداهما قبل الأخرى ورثت الأولى دون الثانية .

۷٤٦۱:- رجـل قـال لامرأته فى صحته " إذا شـئـت أنا و فلان فأنت طالق ثـلاثـا، ثـم مـرض فشـاء الـزوج والأجـنبى الطلاق معا أو شاء الزوج، ثم الأجنبى، ثم مات الزوج لاترث، وإن شاء الأجنبى أولا، ثم الزوج ترث.

۷٤٦۲:- م : قـال مـحـمـد رحـمـه اللّٰه فى الجامع ؛ رجل قال لامرأتين له فى مـرض مـوتـه، وقـد دخـل بهـما "طلقا أنفسكما ثلاثا" فطلقت إحـداهما نفسها، و صاحبتها فى المجلس ثلاثا، ثم طلقت الأخرى نفسها و صاحبتها ثلاثا فى المجلس، طـلـقتـا ثـلاثـا ، وتـرث التـى طلقت أخيرا ولا ترث التى طلقت أولا، **وفـى الكافى :** بخلاف ما إذا ارتـدت الأولـى فـطـلـقت صاحبتها نفسها حيث يقع الطلاق على صاحبتها، ولا يقع عليها و ورثتا .

۷٤٦۳:- م : هذا الجنس من المسائل يبتنى على أصول : **أحدها:** أن المرأة إذا بـاشـرت عـلة الفرقة أو شرط الفرقة لاترث ، وكذلك إذا بـاشرت أحد وصفى العلة وهو آخرهما، أو باشرت إحدى العلتين لاترث ،

إذا عرفنا الأصول جئنا إلى تخريج المسائل فنقول :

إذا طـلـقـت الأولـى نـفسها و صاحبتها ثلاثا فى المجلس طلقتا ، ولو خرج كـلا مهـمـا مـعـا بأن قالت كل واحدة منهما "طلقت صاحبتى ونفسى" لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب ، وحكى عن أبى الحسن القمى أنهما ترثان ، وعامة المشايخ على أنهما لاترثان، ولو طلقتا بأن قالت إحداهما "طلقت نفسى" وقالت الأخرى "طلقت صاحبتى" وخرج الكلامان معا طلقت تلك الواحدة ولا ترث .
وإن طلقتهما إحداهما بأن قالت إحـداهما "طلقت نفسى وصاحبتى" طلقتا ولـم ترث هى ، و إن قالت إحـداهـمـا "طـلـقت صاحبتى ثلاثا" ثم قالت صاحبتها بعد

ذلك "طلقت نفسى" ورثتا، و إن طلقت كل واحدة صاحبتها و رثتا ، فهذا كله إذا كانتا فى المجلس ، فأما إذا قامتا عن المجلس، ثم طلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها ثلاثا، و خرج الكلامان منهما معا، أو على التعاقب طلقتا و ورثتا، وكذلك لو طلقت كل واحدة منهما صاحبتها ، ولو طلقت كل واحدة نفسها لا يقع الطلاق ، و إذا لم يقع الطلاق بقيتا منكوحتين فترثان .

٧٤٦٤:- ولو قال لهما فى مرضه "طلقا أنفسكما ثلاثا إن شئتما " و دخل بهما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثا لم تطلق واحدة منهما ، بخلاف ما إذا قال "طلقا أنفسكما ثلاثا" ولم يقل "إن شئتما" فطلقت إحداهما نفسها و صاحبتها حيث تطلقان، ولو أن فى هذه المسألة طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها و صاحبتها ثلاثا قبل القيام عن المجلس طلقتا لأنهما شائتا طلاقهما و ورثت الأولى دون الأخيرة ، بخلاف المسألة الأولى فإن فى المسألة الأولى ورثت الأخيرة دون الأولى، فلو خرج كلامهما معا، وباقى المسألة بحالها طلقتا و ورثتا . ولو طلقتا إحداهما لم تطلق ، ولو قامتا عن المجلس، فطلقت كل واحدة منهما نفسها و صاحبتها معا أو على التعاقب لم يقع الطلاق على واحدة منهما .

٧٤٦٥:- رجل قال فى مرض موته لامرأتين له وقد دخل بهما "أمركما بيدكما " يريد به الطلاق، فطلقت إحداهما نفسها و صاحبتها فى المجلس، ثم طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها و صاحبتها فى المجلس طلقتا ، و ورثت الأولى إن مات الزوج وهى فى العدة، ولا ترث الأخرى ، و إن طلقتا إحداهما طلقت ، بخلاف مسألة المشيئة فان هناك إذا طلقتا إحداهما لاتطلق ، بعد هذا ينظر : إن كلمتا معا ورثت المطلقة ، وكذالك إن بدأت المطلقة بطلاق نفسها، ثم طلقتها الأخرى ترث أيضا ، و إن بدأت الأخرى ثم المطلقة لم ترث المطلقة" و إن طلقتا إحداهما لم يقع، و إن قامتا عن المجلس بطل ذلك كله لا يقع ذلك الطلاق .

٧٤٦٦:- ولو قال فى مرضه لامرأتين له وقد دخل بهما :"طلقا أنفسكما بألف درهم" فلو طلقت كل واحدة منهما نفسها و صاحبتها، و خرج الكلامان

معـا طلقتا لاجتماعهما على تطليق كل واحدة منهما ، **وفى الكافى :** ويقسم على مهـريهما . **م :** ولا تـرثـان ، بـخـلاف الـفـصل الثانى والثالث ، وكذلك إذا خرج كـلامهما على التعاقب لاترثان أيضا، وإن طلقتا إحداهما جاز، ولم ترث المطلقة كـلمتا معا أو على التعاقب ، و إن قـامتـا عن المجلس قبل أن تقولا شيئا، ثم طلقتا أنفسهما لم يقع شئ وورثتا .

٧٤٦٧:- قال فـى الجامع الصغير : إذا قـال لهـا "طلقتك ثلاثا فى صحتى، وانـقـضـت عدتك" وصدقت المرأة ثم أقرلها بدين أو أوصى لها بوصية : فلها الأقل من ذلك و مـن الـميـراث ، وقال أبو يوسف و محمد رحمهما الله : إقـرارهٗ ووصيته جائز ؛ وإن طلقها فى مرضه بأمرها، ثم أقرلها بدين أو أوصى لها بوصية، فلها الأقل من الميراث ومن الوصية فى قول علمائنا الثلاثة ، وفى قول زفر الإقرار و الوصية لها جائزان .

٧٤٦٨:- وفـى الظهيرية : إمرأة ادعـت عـلـى زوجهـا المريض أنه طلقها ثـلاثا، فجحد، وحلفه القاضى، فحلف، ثم صدقته المرأة، و مات الزوج إن رجعت إلـى تـصديقه قبل الموت كان لها الميراث ، و إن رجعت إلـى تصديقه بعد موت الزوج لايصح تصديقها .

٧٤٦٩:- مـريـض قال لامرأته وهى أمة "أنت طالق ثلاثا غدا" وقال المولى "أنـت حـرة غدا" ' فجاء الغد : وقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها ، وكذلك لو كـان الـمولى تكلم بالعتق أولا، ثم قال الزوج بعد ذلك "أنت طالق غدا" ، ولو قال "إذا أعتـقـت فـأنـت طالق ثلاثا" كان فارا، وإن قال المولى "أنت حرة غدا" و قال الزوج "أنت طالق ثلاثا بعد غد، فإن كان يعلم بمقالة المولى فهو فار ، وإن لم يعلم فليس بفار ، وإن أعتقها المولى، ثم طلقها الزوج وهو لا يعلم بالعتق فلها الميراث ، **وفى الخانية :** وهـو يعلم بعتقها أولا يعلم يكون فارا ، **الظهيرية :** وكذلك لو كانت تحته كتابية ،فأسلمت فطلقها الزوج ثلاثا غدا لم يكن لها الميراث ، **وفى الخانية :** إذا قال المسلم المريض لامرأته الكتابية " إذا أسلمت فأنت طالق ثلاثا" فأسلمت، ثم مات الزوج يكون فارا .

الفصل الحادى والعشرون

فى التعليقات التى هى إيقاع فى الحال بطريق المجاز

٧٤٧٠ :- إذا قالت المرأة لزوجها : يا لفاك ! أو قالت : يا قلتبان ! فقال الزوج : إن كنت أنا لفاك فأنت طالق ! فحاصل الجواب فى هذه المسألة وأجناسها أن الزوج ينوى ، إن أراد التعليق لايقع الطلاق مالم يكن كذلك ، و إن أراد المكافأة والمجازاة و فارسيته "خشم راندن" يقع الطلاق، و إن لم يكن الزوج كذلك ، ومعنى المجازاة، بالعربية " إنى طلقتك مجازاة على مقالتك هذه" و معنى خشم راندن بالفارسية " إنك أغضبتنى بهذه المقالة، : خشم خويش باين طريق راندمت كه طلاق دادمت ، وإن لم تكن للزوج نية تكلم المشايخ .

٧٤٧١:- وفى الحاوى : قال أبو جعفر الهندوانى : إذا سبت المرأة زوجها بقولها "قلتبان" و نحوذلك، فقال لها " إن كنت كما قلت فأنت طالق" طلقت فى الحال، وجد ذلك المعنى فيه أولا، لأن الزوج إنما يريد أن يؤذيها بالطلاق كما آذته بالاسماع ، **وفى الخانية :** وإذا قال الزوج "نويت به التعليق" قال أبو بكر الإسكاف : دين فيما بينه وبين اللّٰه، ولا يدين فى القضاء لأنه محمول على المجازاة ظاهرا ، **م :** والمختار للفتوى أنه إن كان فى حالة الغضب يحمل على المكافأة والمجازاة ، و إن لم يكن فى حال الغضب يحمل على التعليق، وتكلموا فى تفسير "القلتبان" فقيل : أن يكون عالما بفجور امرأته راضيا به ، وقيل : أن يكون عالما بفجور محارمه ، وقيل : أن يبعث التلميذ الكبير إلى امرأته ، وقيل : أن يحملها مع الغلام البالغ ، **وفى الخانية :** وقال أبو القاسم القلتبان المسبب للجمع بين أجنبى وأجنبية لأمر مذموم ، وأما لفاك فهو والقلتبان سواء . **م :** ولو قال لها "إن علمت أنى قلتبان فأنت طالق" لايقع الطلاق مالم تقل "علمت أنك قلتبان" .

٧٤٧٢:- وإذا قالت لزوجها : يا سفلة ! فقال : إن كنت أنا سفلة فأنت

طـالـق ، وأراد بـه التـعـليـق لايقع الطلاق مالـم يقل "أنا سفلة" وتكلموافى معنى "السـفـلة" قـال أبـو حـنيـفة: المؤمن لايكون سفلة، بل السفلة هو الكافر ، وعن أبـى يوسف : أن السفلة الذى لايبالى ماقال وما قيل له ، **وفى الخانية :** من وجوه الـذم والشتم ، وعن محمد : أن السفلة الذى يلعب بالحمام ويقامر ، وعن خلف بن أيوب أن السفلة الذى يدفع بالذلة عن الدعوة ؛ **وفى الفتاوى الخلاصة :** لكن هـذا فـى موضع لايعتادون ، و إن اعتـادوا لابـأس بـه كـمـا فى ديار تركستان و فـرغـانة ، وقيل: هو الذى لايعطى الدابة فى قومه ، وعن أبى عبدالله البلخى : هو الـذى يشتـم أباه وأمه، ويقرأ القرآن فى الطريق ، **وفى النوازل :** من يشتم امرأته ، **م :** وعـن عبـد الله بـن مبـارك : هـو الـذى يتسفل ليفجربه ، وقيل : هو الطفيلى ، وقيـل: هـو الـذى يـختـلف إلى باب القضاة ، وقيل : هو الذى يطعم مع الامكان خبـز الشـعير ولحم البقر فى موضع لايعتاد ذلك ، **وفى المنتقى :** رواية مذ كورة أن السـفـلة الخسيس فى العقل والدين ، وقيل فى تفسيره "بے حميت" وهو الذى لايـمـنـع امـرأته عن كشف الوجه عن غير المحارم، و هكذا حكى فتوى شمس الاسلام الأوزجندى ، **وفى الإبانة :** قـال بـعضهـم : السفلة هو الحائك والحجام والـدبـا غ والسـمـاك ، وقال بعضهم : الذى لايخاف الله ، **وفـى الذخيرة :** وأما "السـفـلة" فـعـن محمد : هو الذى لاحسب له ولا نسب، أو يسرق شيئا لا خطر فيه ، **وفى العتابية :** وعـنـد الـمتـأخرين المختار هو الذى يأتى بالأفعال الدنيئة . **وفى الفتاوى الخلاصة :** والفتوى على رواية أبى حنيفة رحمه الله تعالىٰ .

٧٤٧٣:- وفى الغياثية : هـنـدى مـعتق له امرأته فقالت له : ياكراى ! فقال : اگـر مـن كـرايم تو از من كذا ! طلقت لأن أكثر مشايخنا حملوا هذا على التحقيق والمجازاة ،**وفيها :** تشاجر مع أخيه وأخته فقال لهما : اگر من شما رابكون خر اندر نـكـنـم فامرأته طالق، تكلموا فيه ، والمختار أنه يحنث فى الحال لتحقيق العجز إلا أن ينوى القهر والغلبة، وضيق الأمر عليهما، فحينئذ تصح نيته .

٧٤٧٤:- وفـى فتـاوى آهو : سـئـل الـقـاضـى بـرهـان الدين : سكران قال

لامرأته: يا فجرك ! فقالت : من فجرك تو نيم ، فقال : اگر تو فجرك نهٔ تراسه طلاق، قال : اگر باشوى بدل بد باشد، وقعن و إلا فلا ،**وفى الحاوى عن أبى القاسم :** قال لامرأته : يا قحبة ! فقالت : اگر من قحبه ام تو لفاك ! فقال "إن كنت أنا لفاك فأنت كذا" قال : إن قال على طريق المجازاة طلقت فى الحال ، و إن علق لايقع مالم يكن لفاك ، وهو الذى يعلم من ذات رحمه و امرأته فجورا و سكت ، و كذا فى قوله، لاشه ، وهو الذى لاقدر و لا مرتبة و لا منزلة [له] بين الناس .

٧٤٧٥:- وفى تجنيس الناصرى : سئل عمن قالت امرأته : أى نا جوان مرد قلتبان ، فقال : اگر من نا جوانم تو از من طلاق ، قال : يقع الطلاق ويكون هذا مجازاة لا تعليقا . **م :** وعن شمس الأئمة الأوز جندى : أن المؤمن لايكون ناجوانمرد ، و إذا قال لها : اگر من دوزخيم ترا طلاق ، لا تطلق ، إذا قالت المرأة لولدها : أى ثلاثة زاده! فقال الزوج "إن كان هو ثلاثه زاده فأنت طالق" و أراد به التعليق لاتطلق فى الحكم ، و إن علمت المرأة انه من زنا، طلقت و لا يسعها المقام معه ، **وفى الخانية :** و إن علمت أنه ليس من الفجور لاتطلق .

٧٤٧٦:- وفى تجنيس الناصرى : وعن أحمد رحمه اللّٰه : "بسيار خواره" الذى لايقدر على الأكل إذا حضر طعام بعد ما أكل . **م :** وقيل فى تفسير "أبله ريش" أن يكون له لحية طويلة جاوزت الحد حتى صارت عارا ، وقيل فى تفسير "رعنا ريش" أن يكون له مع اللحية صدغان . وعن أبى حنيفة أنه سئل عن "الكوسج" فقال : تعد أسنانه، فإن كانت أسنانه اثنين و ثلاثين فهو ليس بكوسج ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة كان وافر الخدين ، و إن كانت أسنانه ثمانية وعشرين فهو كوسج ؛لأنه إذا كان بهذه الصفة كان منضم الخدين ، وقيل : إذا كانت لحيته خفيفة فهو كوسج ، **وفى الخانية :** وفى عرفنا الكوسج من كانت له شعور لحيته على الذقن دون الخدين أو كانت على الذقن دون الخدين، أو كانت على الذقن والخدين إلا أنها طاقات متفرقة غير متصلة ، و إن كانت شعور الخدين متصلة بشعور الذقن فهو خفيف اللحية وليس بكوسج ، **وفى الولوالجية :**

والمختار أنه إذا كانت لحيته خفيفة غير متصلة فهو الكوسج فى المتعارف .

٧٤٧٧:- م : وقيل فى تفسير "الكشخان" وهو الذى لايبالى مما اتهمت زوجته بأجنبى ، و معناه أنه إذا سمع ذلك لا يغضب ولا يتغير عن حاله ولا يضربها ولا يلومها على ذلك ، فأما إذا ضربها على ذلك فهو ليس بكشخان ، امرأة قالت لزوجها " إنك تغيب ولا تخلف لى النفقة " فغضب الرجل و قصد ضربها فقالت:"ليس هذا بكلام عظيم" فقال الزوج "إن لم يكن عظيما فأنت طالق" وأراد التعليق فقيل فى الجواب : أن الزوج إن كان ذاقدر بحيث تكون هذه الشكاية إهانة له لايقع الطلاق ، **وفى الخانية :** وإن لم يكن ذا قدر طلقت .

م : الفصل الثانی والعشرون فی مسائل الرجعة

٧٤٧٨:- فی المضمرات : الرجعة استدامة النكاح عندنا وليست بعقد جديد ، وعند الشافعی رحمه الله هی إنشاء النكاح ، **م :** إذا أراد الرجل أن يراجع امرأته فالأحسن أن يراجعها بالقول لابالفعل ، **وفی الظهيرية :** والرجعة بالقول أن يقول : رجعتك ، أو : راجعتك ، . أو : رددتك ، أو : أمسكتك . **وفی السغناقی :** فی الحضرة أو الغيبة . **الظهيرية :** أو يقول بالفارسية : باز آو ردمت ، أو : نگاه دارم ترا ، **وفی الهداية :** والرجعة أن يقول : راجعتك ، أو : راجعت امرأتی ؛ وهذا صريح فی الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة .

٧٤٧٩:- وفی الخلاصة ، الخانية : ولا تشترط لصحتها شرائط النكاح من الإشهاد ورضا المرأة ، وقال مالك رحمه الله : لا يصح إلا بشهود ، وللشافعی فيه قولان: فی قول: تشترط لها شرائط النكاح سوی الولی ، وفی قول لاتشترط . **وفی التهذيب :** وأما المهر و رضاها ليست بشرط اتفاقا، **وفی الينابيع :** الرجعة علی ضربين : سنی و بدعی ، فالسنی أن يراجعها بالقول، ويشهد علی رجعتها شاهدين، ويعلمها بذلك ، فإن راجعها بالقول، ولم يشهد علی ذلك أو أشهد ولم يعلم فهو بدعی مخالف للسنة والرجعة صحيحة ، **وفی الخلاصة ، الخانية ، والسغناقی :** صريح الطلاق بعد الدخول، أو بعض الكنايات المخصوصة دون الثلاث فی الحرة والثنتين فی الأمة، إما جملة أو تتميما معقبة للرجعة ، **وفی الوقاية :** وإن أبت .

٧٤٨٠:- وفی الزاد : وأما الرجعة بالفعل فعندنا يصح ، وعند الشافعی رحمه الله لايصح إلا بالقول مع القدرة عليه بأن لا يكون أخرس و معتقل اللسان ،

٧٤٧٩:- قول المصنف : وفی الينابيع : الرجعة علی ضربين الخ أخرج أبوداؤد عن مطرف بن عبد الله أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته، ثم يقع بها، ولم يشهد علی طلاقها ولا علی رجعتها ؟ فقال : طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة ، أشهد علی طلاقها وعلی رجعتها ولا تعد . سنن أبی دأود . الطلاق . باب فی نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلث ٢٩٧/١ برقم ٢١٨٦، سنن ابن ماجة ، الطلاق، باب الرجعة ١٤٦/١ برقم ٢٠٢٥ .

م : ويستحب أن يعلمها بالرجوع وإن لم يعلم جاز .

٧٤٨١:- والجماع في العدة رجعة ، وكذلك المس بشهوة والتقبيل بشهوة ، وكذلك النظر إلى الفرج بشهوة . **وفي الينابيع :** إلا أنه يكره و يستحب أن يراجعها بعد ذلك بالقول بالإشهاد ، **م :** وقيد شيخ الإسلام النظر بالنظر إلى داخل الفرج ، وأما النظر إلى دبرها موضع الجماع منه بشهوة لم تكن رجعة في قياس قول أبي حنيفة ، **وفي الظهيرية :** ولو جامعها في غير المأتي لم يكن مراجعا في قياس قول أبي حنيفة ، **الذخيرة :** وإذا لاط بالمطلقة الرجعية فقد قيل : إنه ليس برجعة ، **وفي شرح الطحاوي :** ولو نظر إلى سائر أعضائها بالشهوة لايصير مراجعا، **م :** ويكره أن يراها متجردة إذا لم يرد الرجعة ، وكذا يكره التقبيل واللمس بغير شهوة ، **وفي الظهيرية :** إذا لم يرد به المراجعة، **وفي الخلاصة ، الخانية :** وكل ماتثبت به حرمة المصاهرة تثبت به الرجعة .

٧٤٨٢:- م : فإن كانت المرأة قبلته أو لمسته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة، فإن كان ذلك بتمكين من الزوج فهو رجعة ، ومعنى تمكين الزوج هنا، أن الزوج علم ذلك فتركها حتى فعلت ذلك ، وإن فعلت ذلك اختلاسا لا بتمكين من الزوج، ذكر شمس الأئمة السرخسي و شيخ الإسلام خواهر زاده : أن على قول أبي حنيفة و محمد رحمهما اللّٰه: يصير مراجعا خلافا لأبي يوسف ، وذكر شمس الأئمة الحلواني : أن على قول أبي حنيفة رحمه اللّٰه: يصير مراجعا وعن محمد روايتان ، والظاهر من قول أبي يوسف أنه مع أبي حنيفة ، ثم أنا نثبت الرجعة بفعلها إذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة ، فأما إذا أنكر الزوج الشهوة والمرأة ادعت ذلك

٧٤٨١:- أخرج ابن أبي شيبة عن قتادة قال : قال علي : لتشوف له ، وقال ابن عباس لايحل له أن يرى شعرها، مصنف ابن أبي شيبة، الطلاق، ماقالوا فيه إذا طلقها طلاقا الخ ١٠/١٣٨ برقم ١٩٢٩٥ .

وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال : قلت لعطاء : يرا ها واضعة جلبا بها ؟ قال : نعم ، ولا بأس بذلك ، قلت : ففضلا ؟ قال عبد الكريم : ولا حاسرا قال عمرو: ولا يقبلها ولا يمسها بيده . مصنف عبد الرزاق ، باب مايحل له منها الخ ٦/٣٢٥ برقم ١١٠٣١ .

لا تثبت الرجعة ، و كذلك لو شهد شهود أنها فعلت ذلك بشهوة لاتثبت الرجعة، قال محمد بن سماعة **فی نوادره :** ولو شهد الشهود على القبلة واللمس بالشهوة لا أقبل شهادتهم ، والشهوة عيب لا تجوز الشهادة عليها، **وفی الذخيرة :** وذكر **فی نكاح الجامع :**أن الشهادة على اللمس والتقبيل بشهوة جائزة ، **وفی القدوری :** إن فعل المرأة لاتثبت به الرجعة عند محمد ، وفی رواية ابن سماعة أن فعلها رجعة إذا صدقها الزوج فی الشهوة ، أو مات الزوج فصدقتها ورثة الزوج ، فصار عن محمد روايتان كما ذكر شمس الأئمة الحلوانی ، و قال **فی نوادر ابن سماعة :** و كذلك لو قبلته وهو نائم أو معتوه ثم مات و صدقتها الورثة فی الشهوة .

۷٤۸۳:- وعن أبی يوسف **فی الأمالی :** أن المرأة إذا لمسته بشهوة فأقر الزوج أنها فعلت بشهوة، فإن أبا حنيفة قال : هذه رجعة ، و إن نظرت إلى فرجه بشهوة فانی لا أحفظ فيها قولا ، وهو فی القياس مثل ذلك ، لكن هذا فاحش قبيح لا يكون رجعة، وقال أبو يوسف رحمه اللّٰه : إذا لمس أو قبل فی الصلاة بشهوة ، فهو رجعة، وتفسد الصلاة ، و إن نظر إلى الفرج بشهوة فهو رجعة ولا تفسد الصلاة، و إن كان الرجل فی الصلاة ففعلت ذلك فالقياس على الرجعة: أن تنقض صلاته ، و قال أبو يوسف رحمه اللّٰه : إذا تركها تقبله و تباشره فهو رجعة فی الطلاق و نقض الصلاة ، فإن فعلته اختلاسا و هو كاره، لم يكن رجعة ، **الذخيرة :** ولو ابتدأت به وهو مكره ثم تركها عليه فهو رجعة، **وفی الخلاصة ، الخانية :** ولو أدخلت فرجها فی فرجه وهو نائم تكون الرجعة ،**جامع الجوامع :** عن أبی نصر : قال ”أنت طالق للسنة“ فقال ”أنت امرأتی“ يريد الرجعة صح ، كقوله ”جعلتك امرأتی، وعن أبی يوسف : طلق فقال ”راجعتك على ألف ، لاتلزمه .

۷٤۸٤:- الجامع الصغير العتابی : ولو كانت امرأته حاملا فطلقها وقال ” لم أجامعها“ فله أن يراجعها ، **وفی الكافی :** وكذلك لو ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها و قال ”لم أجامعها“، ولو ولدت بعد الطلاق تنقضی العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة ، **جامع الجوامع :** طلق الحامل فقال ”لم أدخل بها“ له الرجعة و غير الحامل لا، **وفی الجامع الصغير العتابی :** ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها ثم

قال لها "لم أجامعها" فليس له الرجعة .

۷٤۸٥:- م : وفى نوادر هشام : عن محمد رحمه الله : إذا قال لامرأته "إذا جامعتك فأنت طالق" فجامعها قال أبو يوسف : إذا أخرج ذكره ثم أدخله فهو رجعة ، وكذلك إذا قال: "إن لمستك فأنت طالق" فلمسها فإذا رفع يده عنها ثم أعادها فلمسها ثانيا فهو رجعة، وقال محمد : إذا مكث هنية بعد ما جامع ، و إن لم يخرج ذكر ه فهو رجعة ، وكذلك فى اللمس إذا لم يرفع يديه هنية .

۷٤۸٦:- والخلوة بالمعتدة ليست برجعة ، **وفى السغناقى :** وإن تزوجها فى العدة لايكون رجعة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعلى قول محمد : يكون رجعة ، وكل فعل لايختص بالملك إذا فعل الزوج بالمعتدة لايكون رجعة .

۷٤۸۷:- وتعليق الرجعة بالشرط باطل، **وفى الظهيرية :** كما إذا قال "إذا جاء غد فقد راجعتك ، **وفى الخلاصة الخانية :** وكذا لو قال : " إن كان غدا فقد راجعتك" لم يكن رجعة ، كما لو قال "تزوجتك غدا" لايصح ، بخلاف ما لو قال "طلقتك غدا".

۷٤۸۸:- م : و المعتدة من الطلاق الرجعى تتزين و تتشوف لزوجها إذا كانت المراجعة مرجوءة ، وأما إذا كانت المرأة تعلم أنه لا يراجعها لشدة غضبه عليها فإنها لاتفعل ذلك ، و إن كان من شأنه أنّه لا يراجعها فالأحسن أن يعلمها بدخوله عليها إما بالتنحنح أو بخفق النعل ، **وفى شرح الطحاوى :** أو بالنداء أو ما أشبه ذلك ، لكى تتأهب لدخوله عليها حتى لايقع بصره على فرجها بشهوة فيصير مراجعا لها وليس من قصده ذلك ثم يطلقها فيؤدى إلى تطويل العدة .

۷٤۸۸:- أخرج البيهقى عن نافع عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى فى مسكن حفصة رضى الله عنها ، وكان طريقه إلى المسجد ، فكان يسلك الطريق الآخر من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها ، حتى راجعها . السنن الكبرى . باب الرجعية محرمة عليه الخ ۲۹۱/۱۱ برقم: ۱٥٥۷٦ .

وأخرج ابن أبى شيبة عن الحسن قال : إذا طلق الرجل امرأته تطليقة أو تطليقتين ، فإنها تزين و تشوف له ، من غيرأن تضع خمار ها عند ه ، مصنف ابن أبى شيبة ، الطلاق ماقالوا : فيه إذا طلقها طلاقا الخ ۱۳۸/۱۰ برقم ۱۹۲۹۲ . مصنف عبد الرزاق، الطلاق ، باب مايحل له منها قبل أن يراجعها ۳۲٦/٦ برقم ۱۱۰۳٤ .

۷٤۸۹:- م : و إذا كـان الطلاق بعد الخلوة ، والزوج يقول "مادخلت بها" فـلا رجـعة له عليها ، فالخلوة ما أقيمت مقام الوطئ فی حق الرجعة ؛لأن ذلك حق الزوج ، و إن ادعـی الـزوج الـدخـول بهـا وقـد خلا بها فله الرجعة ، و إن لـم يكن خلابها فلا رجعة له ، **وفی العتابية :** الخلوة بالمطلقة الرجعية لاتكون رجعة ؛ لأنها أنهـا لاتبـاح فـی الجملة ، فصار بمنزلة النظر إلـی فرجها لا عن شهوة ، وفی حرمة الـمصاهرة بالخلوة الصحيحة روايتان: **وفی الكافی :** فإن طلقها بعد ماخلا بها ثم راجعها وقال "لم أجامعها" ثم جائت بولد لأقل من سنتين يثبت النسب منه ،

۷٤۹۰:- وفی الظهيرية : ولو اختلفا فی الدخول عند الرجعة ، فقال الزوج : "دخـلت بها" فإن كان قبل الخلوة ، فالقول قولها فی عدم الدخول ، و إن كان بعد الخلوة، فالقول قول الزوج فی الدخول .

۷٤۹۱:- م : و إذا قال لمعتدته : "راجعتك أمس" فكذبته فالقول قوله ، ولو قـال ذلك بـعـد انـقضاء العدة ، فالقول قولها ولا يمين عليها فی قول أبی حنيفة ، و قـال أبو يوسف و محمد : عليها اليمين ، و إذا مـضت العدة و قال "كنت راجعتها فـی العدة" فصدقته فهی رجعة ، و إن كـذبته فالقول قولها ، **وفی الوقاية :** ولا يمين عـليهـا عند أبی حنيفة رحمه الله ، **جـامع الجوامع :** إن فـعلت كذا فقد راجعتك" لا تصح الرجعة ، **م :** ولـو قال لها "راجعتك" فقالت مجيبة له ،**وفی السغناقی :** أی قـالت علی الفور متصلا بقول الزوج ، **م :** "قـد انقضت عدتی" فالقول قول الزوج عـندهما ، والقول قو لها عند أبی حنيفة مع اليمين ، **وفی الزاد :** هو الصحيح ، **وفی شرح الطحاوی :** وأجمعوا أنها إذا سـكتت ساعة ثم قالت "انقضت عدتی" تصح الرجعة ، ولو بدأت المرأة بـالـكلام فقالت "انقضت عدتی" فقال الزوج مجيبا لها مـوصـولا بـكـلامها "راجعتك" لاتصح الرجعة. **م :** فـأما إذا قـال لهـا : "طلقتك" فـقـالـت مـجيبة لـه "قـد انقضت عدتی" فقد اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : الـقول قولها عند أبی حنيفة رحمه الله تعالیٰ ، وعند هما القول قول الزوج كما فی تـلك الـمسـألة ، و مـنهـم مـن قـال : الـقول قول الزوج بالاتفاق ، ويحكم بوقوع

الطلاق ، قال شمس الأئمة السرخسی رحمه اللّٰه تعالیٰ : وهو الأصح .

۷٤۹۲:- إذا قال لمنكوحته: "إن راجعتك فأنت طالق" تنصرف يمينه إلى الرجعة الحقيقية ، لا إلى العقد، حتى لو طلقها ثم تزوجها لا تطلق ، ولو راجعها تطلق ، ولو قال لأجنبية : "إن راجعتك فأنت طالق ، أو : فعبدی حر" تنصرف يمينه إلى العقد ، و إذا تزوج المطلقة طلاقا رجعيا يصير مراجعا لها ، قال الصدر الشهيد : هو المختار ، **وفی الينابيع :** و عليه الفتوی .

۷٤۹۳:- الهداية : إذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها "قد كنت راجعتها" و صدقه المولی و كذبته الأمة ، فالقول قولها عند أبی حنيفة ، و قالا : القول قول المولی ، ولو كان على العكس فعند هما ، القول قول المولی ، وكذا عنده فی الصحيح ، و إن قالت "قد انقضت عدتی" وقال الزوج والمولی "لم تنقض"فالقول قولها .

۷٤۹٤:- م : قال لمطلقته طلاقا رجعيا: "أنت عندی كما كنت" أو قال "أنت امرأتی" فإن نوی الرجعة يصير مراجعا ، و إن نوی فی حكم الميراث و غيره أو لم تكن له نية لا يصير مراجعا ، فی هذا الموضع أيضا : قال للمطلقة طلاقا رجعيا: "إن راجعتك فأنت طالق ثلاثا " فانقضت عدتها ثم تزوجها لم تطلق ، ولو كان الطلاق بائنا تطلق ، رجل طلق امرأته طلاقا رجعيا: فذهبت إلى بيت أبيها، فقال الزوج : ای رفته باز آور دمت ! إن عنی به الرجعة يصح ، **الهداية :** والرجل إذا طلق امرأته فی حالة الإفاقة، ثم راجعها بعد ما جن قبل : إن راجعها بالقول لايصح، وإن راجعها بالجماع صح ، **م : وفی فتاوی الأصل :** إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا: ثم راجعها و قال: "زدت فی مهرك " لايصح ، ولو قال "راجعتك بمهرك ألف درهم" إن قبلت المرأة ذلك صح ، و إلا فلا، **وفی الظهيرية :** وإذا طلق امرأته طلاقا رجعيا، حتی عجل من المهر ما كان مؤجلا ، ثم راجعها هل يعود الأجل ؟ الصحيح ، أنه لايعود ، وإذا انقضت العدة ، فقد بطل حق المراجعة .

۷٤۹٤:- أخرج البيهقی عن ابن المسيب أن علی بن أبی طالب رضی اللّٰه عنه قال إذا طلق الرجل إمرأته فهو أحق برجعتها ، حتی تغتسل من الحيضة الثالثة ، فی الواحدة والثنتين ، السنن الكبری للبيهقی . العدد . باب من قال : الأقراء الحيض ۳۷۷/۱۱ برقم ۱٥۷۹۹ .

٧٤٩٥:- و إنما يعرف انقضاء العدة إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر ، بأن كانت آيسة أو صغيرة بمضى ثلاثة أشهر ، و إن كانت من ذوات الأقراء ، فإن كانت أيام حيضها عشرة فبمجرد انقطاع الدم ، **وفى شرح الطحاوى :** ويحل لزوجها أن يقربها إن كان لم يطلقها ، ولها أن تتزوج بزوج آخر إن كان قد طلقها زوجها ، وتجب عليها صلاة ذلك الوقت إن أدركت من الوقت شيئا ، **م :** وإن كانت أيام حيضها ، أقل من عشرة أيام ، فحين تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة كامل . **وفى شرح الطحاوى :** أدنى الصلوات إليها مع القدرة على الاغتسال ، **وفى الكافى:** خلافا لزفر لبقاء توهم عود الدم، **م :** فأما بمجرد انقطاع الدم لاتنقضى العدة، ولا يبطل حق المراجعة ، و إن لم تغتسل ولم يمض عليها وقت صلاة كامل، بل تيممت إن كانت مسافرة لم تنقطع الرجعة بمجرد التيمم فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه اللّٰه تعالىٰ ، إلا إذا صلت بها ، وقال محمد وزفر . **وفى التجريد :** والشافعى ، **م :** تنقطع الرجعة بمجرد التيمم ، فإن شرعت فى الصلاة لا يحكم

٧٤٩٥:- أخرج البيهقى عن أبى بن كعب رضى اللّٰه عنه قال : لما نزلت هذه الآية التى فى سورة البقرة فى عدد من عدد النساء قالوا : قد بقى عدد من عدد النساء لم يذكرن : الصغار والكبار اللاتى انقطع عنهن الحيض وذوات الأحمال ، فانزل اللّٰه عزوجل الآية التى فى النساء ، واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهن (سورة الطلاق الأيه ٤) السنن الكبرى للبيهقى، العدد ، باب عدة التى يئست من المحيض الخ ٣٨٢/١١ برقم ١٥٨٢٢ .

قال اللّٰه عزوجل : والمطلقت يتربصن بأنفسهن ثلثة قروء ، سورة البقر الأية ٢٢٨ .

وأخرج البخارى تعليقا قال مجاهد: و إن لم تعلموا يحضن أولا يحضن واللاتى قعدن عن الحيض ، واللاتى لم يحضن ، فعدتهن ثلثة أشهر، صحيح البخارى ،كتاب الطلاق، باب قوله واللائى يئسن من المحيض الخ ٨٠١/٢ رقم الباب ٣٨.

قول المصنف : فأما بمجرد انقطاع الدم الخ ، أخرج ابن أبى شيبة عن مكحول : أن أبا بكر و عمر وعليا و ابن مسعود وأبا الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد اللّٰه بن قيس الأشعرى ، كانوا يقولون فى الرجل يطلق إمرأته تطليقة أو تطليقتين : إنه أحق بها مالم تغتسل من حيضتها الثالثة يرثها و ترثه مادامت فى العدة ، مصنف ابن أبى شيبة ، الطلاق، من قال : هوأ حق برجعتها الخ ١٢٧/١٠ برقم ١٩٢٣٠ ، سنن سعيد بن منصور ، الطلاق . باب الرجل يطلق إمراته الخ ٢٩٢/١ برقم ١٢٢٣ .

بانقطاع الرجعة عند هما مالم تفرغ من الصلاة هو الصحيح من مذهبهما، **وفى شرح الطحاوى :** ولو لم تصل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لاتنقطع الرجعة ، وقال محمد رحمه الله : تنقطع الرجعة ، وأجمعوا أنه لايحل لها أن تتزوج بزوج آخر مالم تصل بذلك التيمم، أو يمضى عليها وقت صلاة أدنى الصلوات إليها ، **وفى الظهيرية :** فإن شرعت فى الصلاة قيل : تنقطع الرجعة بنفس الشروع ، وقيل : لاتنقطع ما لم تقيد الركعة بالسجدة، **م :** وإن تيممت وقرأت القرآن و مست المصحف أو دخلت المسجد فقيه اختلاف المشايخ ، **وفى الظهيرية :** قال الكرخى : ينقطع حق الرجعة ، وقال أبو بكر الرازى : لاينقطع .

٧٤٩٦:- م : وفى القدورى : وأما الكتابية فالرجعة فى حقها تنقطع بمجرد انقطاع الدم، وإن كانت أيام حيضها دون العشرة ، **وفى شرح الطحاوى :** ويحل لزوجها أن يقربها، و يحل لها أن تتزوج بزوج [آخر] ، ولو انقطع الدم عنها ثم أسلمت، فلا غسل عليها وجوبا، و عليها أن تغتسل استحسان .

٧٤٩٧:- م : ولو اغتسلت المعتدة، و بقى عضو واحد لم يصبه ماء ، فالرجعة قائمة استحسانا، ثم قال فى بعض النسخ : سواء كان الباقى يدا ، أو رجلا، أو شعرا ، فقد سوى بين الشعر وغيره ، قال مشيخنا : المراد منه منابت الشعر وأصوله لا أطراف الشعر ، و قال بعضهم : المراد كل الشعر بناء على أن الجنب أو الحائض إذا اغتسلت، وأصاب الماء منابت الشعر وأصوله ، إلا أنه لم يصل أطرافه، هل يكفيها ذلك من الاغتسال ؟ ففيه اختلاف المشايخ ، وعن أبى حنيفة فيه روايتان، وإن كان أقل من ذلك يعنى أقل من العضو، وذلك نحو الإصبع واللمعة فلا رجعة ، **وفى شرح الطحاوى :** ولو بقيت لمعة يسيرة نحو إصبح أو إصبعين أو نحوهما، كان القياس أن لا تبطل الرجعة ولكن فى الاستحسان تبطل الرجعة، ولا يحل لزوجها أن يقربها، ولا يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر مالم تغسل تلك اللمعة، أو يمضى عليها وقت صلاة أدنى الصلوات إليها مع القدرة ، **م :** ولو تركت المضمضة أو الاستنشاق فالرجعة باقية عند أبى يوسف رحمه الله ، وقال محمد :

تـنـقطع الرجعة ولا يحل لها الزواج ، فإن كان الباقى أحد المنخرين ، فالرجعة باقية بالاتفاق، **وفى القدورى :** لـو اغتسلت بسؤر الحمار، انقطعت الرجعة ، ولا يحل لها الزواج، **وفى التهذيب :** احتياطا ، **وفى شرح الطحاوى :** ولو اغتسلت بسؤر الحمار تبطل رجعتها بنفس الاغتسال بالاتفاق، ولا يحل لزوجها أن يقربها، ولا يجوز لها أن تتـزوج بـزوج آخـر ، ولا تـصـلـى بذلك الغسل ما لم تتيمم ، **وفـى جـامع الجوامع :** اغتسلت بسؤر الحمار وتيممت تنقطع الرجعة ولا يحل لها الزواج .

٧٤٩٨:- م : وإذا طلق امرأته طلاقا رجعيا، فليس له أن يسافر بها ، **وفى الهداية :** وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها ، و قال زفر : له ذلك ، و قوله "حتى يشهد على رجعتها" معناه الاستحباب، **م :** والسفر ليس برجعة عند علمائنا الثلاثة، وليـس لهـا أن تـخـرج بـنـفسها أيضا السفر وما دون سواء ، **وفـى الذخيرة : وفى المجرد :** عن أبى حنيفة: إن كـان الـزوج طـلقها طلاقا يملك الرجعة، فخرج بها زوجها و خرجت معه فقد أباح لهما الاجتماع على المسافرة.

٧٤٩٩:- م : وإذا طلق امرأته وهى حامل ، أو ولدت منه و قال :"لم أجامعها" فـله الرجعة عليها ، وقول محمد فى الكتاب "أو ولدت منه" معناه : ولدت منه قبل الـطـلاق، وأمـا إذا ولـدت مـنـه بـعـد الطلاق، وتنقضى العدة بالولادة ، فلا تتصور الرجعة ، **وفى الهداية :** فإن خلا بها وأغلق بابا، أو أرخى سترا و قال: "لم أجامعها" ثـم طـلـقهـا لـم يـمـلك الـرجـعة ، فـإن راجعها، معناه : بعد ما خلا بها . وقال "لم أجـامـعهـا" ثـم جـائت بولد لأقل من سنتين يوم صحت تلك الرجعة، **وفـى العتابية :** الخلوة بـالـمـطـلقة الرجعية لاتكون رجعة ؛ لأنها لا تباح فى الجملة، فصار بمنزلة النظر إلى فرجها لا عن شهوة فى حرمة المصاهرة .

٧٥٠٠:- م : إذا قـال لامرأته: "إذا ولـدت ولـدا فأنت طالق" فولدت ، **وفـى الجامع الصغير العتابى :** وطـلـقت طلاقا رجعيا، و وجبت العدة ثم أتت بولد آخر باكثر من سنتين من ولادة الولد الأول ولم تقر بانقضاء عدة فهى رجعة ، وكذا إذا جـائـت بولد لأقل من سنتين من ولادة الولد الأول، ولكن لأكثر من ستة أشهر

فهـو رجعة، وذكر فى كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقا رجعيا إذا جائت بالولد لأكثر من سنتين كانت رجعة ، و إن جـائـت به لأقل من سنتين لاتكون رجعة ، **وفى الجامع الصغير الحسامى :** رجل قال لامرأته: "إذا ولدت فأنت طالق" فولدت ولدا، ثم أتت بولد آخر ، فالولد الثانى رجعة .

٧٥٠١:- م : وفى الأصل : إذا قالت المطلقة طلاقا رجعيا: "أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق" صدقت ولا رجعة عليها، ولو قالت: "ولدت" لايقبل قولها إلا بينة ، فإن طلب الزوج يمينها "بالله لقد أسقطت سقطا بهذه الصفة" تحلف بالاتفاق هو الصحيح، و إذا قالت بعد مضى الشهرين: " قد انقضت عدتى بالحيض" فقال الزوج "أخبرتنى أمس أنها لم تحض" فإن صدقته ملك الزوج الرجعة ، و إن كذبته، فالقول قولها مع اليمين .

٧٥٠٢:- وفى الينابيع : ولو جائت المعتدة بولد قال محمد **فى نوادر ابن رستم :** إذا خرج نصف البدن غير الرأس انقضت عدتها، ولا تصح الرجعة فى هذه الحالة ، ولو خرج من قبل الرجلين نصف البدن من الرجلين، والفخذ إلى نصف البدن انقضت، وقد قدر محمد نصف البدن من ركبتيه إلى منكبيه، ولا يعتد الرأس والرجلين ، وقال **فى الهارونى :** ولو قال الزوج بعد ما خرج أكثر الولد "راجعتك" لم تكن رجعة ، ولو تزوجت فى تلك الحالة بزوج آخر جاز النكاح .

٧٥٠٣:- الهداية : و إن قال "كلما ولدت ولدا فأنت طالق" فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة ، فالولد الثانى رجعة و كذا الثالث ، **وفى الوقاية :** و عليها العدة بالحيض ، **م :** وإذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث، فله أن يتزوجها فى العدة و بعد انقضائها ، **وفى الكافى :** وإذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث، فله أن يتزوجها فى العدة و بعد مضيها ، و إن كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة، لاتحل له حتى تنكح زوجها غيره نكاحا صحيحا، ويد خل بها ثم يطلقها أو يموت عنها.

م : الفصل الثالث والعشرون

فـى مسـائـل الـمتـعـلـقة بنكاح المحلل وما يتصل به ، ونكاح الفضولى فى الـطـلاق الـمـضاف ، والحيل فى رفع اليمين فى الطلاق المضاف ونحوه ، وقضاء القاضى فى العجز عن النفقة وأمثالها (وقد مضى مثل مسائل هذا الفصل فى كتاب النكاح تحت ،الفصل الخامس والعشرين)

٧٥٠٤:- الهداية : و إذا كـان الطلاق بائنا دون الثلاث، فله أن يتزوجها فى العدة، وبعد انقضائها، و إن كان الطلاق ثلاثا فى الحرة، أو ثنتين فى الأمة، لم تحل لـه حتـى تـنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا و يدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها، والشرط الإيلاج دون الإنزال . **م :** المطلقة ثلاثا إذا زوجت نفسها من غير كفو، و دخل بها، حلت للزوج الأول عند أبى حنيفة و زفر .

٧٥٠٤:- قول المصنف : الهـداية : إذا كـان الطلاق الخ أخرج البخارى عن الحسن فلا تـعضلوهن ، قال حدثنى معقل بن يسار أنها نزلت فيه ، قال زوجت أختالى من رجل ، وطلقها حتى انـقضت عدتها جاء يخطبها ، فقلت له زوجتك ، وفرشتك ، وأكرمتك ، فطلقتها ، ثم جئت تخطبها! لا والله لاتعود إليك ابـدًا ، وكـان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فانزل الله هٰذه الآية فـلا تـعضلوهن ، فقلت الان أفعل يا رسول الله ! قال فزوجها إياه . صحيح البخارى ، النكاح، باب من قال لانكاح إلا بـولى ٧٧٠/٢ برقم ٤٩٣٧ ف :٥١٣٠ ـ سنن الترمذى . التفسير، سورة البقرة ١٢٧/٢ برقم ٣٦١٥ .

قـول المصنف : وإن كـان الـطـلاق ثـلاثـا الـخ أخـرج البخارى عن عائشة أن امرأة رفاعة القرظى جائت إلـى رسـول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقنى ، فبت طـلاقـى وإنـى نكحت بعده عبد الرحمن بن زبير القرظى وإنمامعه الهدبة، قال رسول الله صلى الله عـليـه وسـلـم لعلك أن تريدين أن ترجعى إلـى رفـاعة "لا" حتـى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته ، صـحيـح البـخارى، الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث الخ ٧٩١/٢ برقم: ٥٠٦١ ف :٥٢٦٠ . صحيح مسلم ، الطلاق ، لا تحل المطلقة ثلاثا الخ ٤٦٣/١ برقم ١٤٣٣ .

قول المصنف : والشرط الإيلاج الخ أخرج أحمد عن عائشة : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : العسيلة هى الجماع . مسند أحمد ٦٢/٦ برقم ٢٤٨٣٥ .

٧٥٠٥:- وفی الصغری : المطلقة ثلاثا إذا أتت الزوج الأول، فقالت له: "تزوجنی فإنی قد تزوجت زوجا غيرك، وانقضت عدتی:" فتزوجها، ثم لما أتی عليها زمان، قالت : " إنی لم أكن تزوجت وقد كذبت فيما قلت" فإن لم تكن المرأة أقرت بدخول الزوج بها كان النكاح بينهما باطلا ، و إذا كانت أقرت لم تصدق .

٧٥٠٦:- م : وإذا كانت المطلقة ثلاثا صغيرة تجامع فتزوجها رجل ودخل بها حلت للزوج الأول ، ولو كان الزوج الثانی عبدا أو مدبرا أو مكاتبا تزوجها باذن المولی و دخل بها حلت للزوج الأول ، وكذا لو كان مسلولا حلت للأول ، **وفی الحجة :** المسلول الذی أخرجت خصيتاه .

٧٥٠٧:- م : ولو كان مجبوبا، لم تحل للزوج الأول ، فإن حبلت وولدت ، حلت للأول عند أبی يوسف ، **وفی الصغری :** و صارت محصنة عند أبی يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ ، **م :** وقال زفر و الحسن : لاتحل للاول ، **وفی الحجة :** ولا تصير محصنة ، **وفی الأنفع :** والصبی المراهق فی التحليل كالبالغ ، يعنی إذا جامعها قبل البلوغ و طلقها بعد البلوغ ؛ لأن الطلاق منه قبل البلوغ غير واقع ، **وفی الخلاصة، الخانية :** وعند مالك والشافعی : لا يتم التحليل إلا بجماع من كان من أهل الماء .

٧٥٠٨:- وفی الخانية : ولو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها، فتزوجها رجل ووطأها، قال محمد : إن أفضاها الزوج الثانی لاتحل للأول ، و إن لم يفضها حلت للأول، **وفی الفوائد الظهيرية :** إن مطلقة الثلاث إذا كانت مفضاة

٧٥٠٦:- قول المصنف : ولو كان الزوج الثانی الخ أخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال: قلت لعطاء ، ارأيت إن بتّها زوجها ، فتزوجها عبد له ، فأصابها ، أيحل ذلك لزوجها ؟ قال : نعم قلت : نكاح العبد الحرة إحصان هولها ؟ قال: لا ، قلت : فلم ؟ قال : إن الرجم ليس كغيره قال اللّٰه تعالی : لا تحل له من بعد حتی تنكح زوجا غيره فهو نكاح ، وليس نكاح العبد بإحسان . مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب هل يحلها له عبده ٣٤٩/٦ برقم ١١١٤٢ .

٧٥٠٧:- قول المصنف : وفی الأنفع: الصبی المراهق الخ أخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال : قلت لعطاء: التی يبتها زوجها ، ثم يتزوجها غلام لم يبلغ أن.... أو يهريق ، يحلها ذلك لزوجها الأول ؟ قال : نعم ، فيما نری . مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب هل يحلها له غلام لم يحتلم ٣٥٠/٦ برقم ١١١٤٥ .

فتزوجت بزوج آخر و دخل الزوج بها لا تحل على الأول ما لم تحمل لا حتمال وقوع الوطئ فى دبرها ، فإذا حبلت زال ذلك الاحتمال .

۷٥۰۹:- وفى الملتقط : إذا قالت المرأة بعد التحليل: " إن المحلل لم يدخل بى" إن كانت عالمة بشرائط التحليل، لاتصدق وله أن يمسكها ، وإن كانت جاهلة ، صدقت على ذلك إن لم يسبق منها إقرار أن الزوج الثانى دخل بها .

۷٥۱۰:- م : وإذا كانت النصرانية تحت مسلم طلقها ثلاثا، فتزوجت نصرانيا، ودخل بها حلت للمسلم الذى طلقها ثلاثا، وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت بزوج آخر، وطلقها الزوج الثانى ثلاثا قبل الدخول بها، ثم تزوجت بثالث و دخل بها، حلت للزوجين الأولين ، فأيهما تزوجها صح ، ولو و طأها الزوج الثانى فى حيض أو نفاس أو إحرام، حلت للزوج الأول، **وفى الخلاصة ، الخانية :** عندنا ، وعند مالك لاتحل .

۷٥۱۱:- وفى فتاوى النسفى : سئل عن الزوج المحلل إذا كان عبدا صغيرا لإنسان زوجت نفسها منه، وقبل عنه مولاه و مثله يجامع فدخل فوهبه مولاه منها، حتى فسد النكاح واعتدت، هل تحل للزوج الأول بالنكاح ؟ قال : نعم ، والأولى أن يكون حرا بالغا ، فالجواب عن أصحابنا منصوص عليه" وأما الأولوية فى اشتراط البلوغ فلأن مالكا يشترط الإنزال ، وأما فى اشتراط الحرية فلأنه روى عن أبى يوسف أن الحرة إذا زوجت نفسها من عبد، لايجوز لعدم الكفاءة ، فيجب التحرز عن خلافهما ، و روى الحسن عن أبى حنيفة : لو زوجت نفسها من غير كفو، لا تحل للزوج الأول ، فيجب التحرز على هذه الرواية.

۷٥۱۲:- وفى الصغرى : المطلقة ثلاثا إذا خافت أن يظهر أمرها فى التحليل، تهب لبعض من تثق به ثمن مملوك فيشترى بذلك مراهقا فتزوج بشاهدين فيد خل الغلام بها، ثم يهب المشترى المملوك من المرأة، فيبطل النكاح، ثم تبيع المملوك إلى آخر ، فلا يظهر أمرها .

۷٥۱۳:- وفى الذخيرة : إذا أتت المطلقة الثلاث إلى زوجها وقالت: "تزوجت زوجا آخر و دخل بى و انقضت عدتى" جاز له أن يتزوجها ، و يصدقها إذا كانت عنده ثقة، أو وقع فى قلبه أنها صادقة ، **وفى الإبانة :** سواء كانت عدلة أو

لم تكن ، **وفى الخانية :** إذا كـان ذلك بـعـد مدة تنقضى فيها العدتان، وذلك أربعة أشهـر فصاعدا ؛ **وفـى الحجة :** ثـم لـو رجـعت عن هذا القول، و أنكرت لا يسمع مـنهـا، ولا يبـطـل الـنكاح إلا وقع عنده أنها صادقة فى هذا، فالأفضل له أن يطلقها احتياطا، **م :** ولـو قـالـت لـه : "حللت" لا يحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها، ولو كـان الزوج هو الذى أقر بالدخول، والمرأة ما أقرت بذلك، لم يحمل للزوج الأول أن يتـزوجهـا، ولا يـصـدق الـزوج الثـانى عليها، وإن كان قد خلابها ، ولو أنكرت الـدخـول بـعد ما تزوجها الأول بإقرارها، لم تصدق فى ذلك لكونها متناقضة فيه ، وإن كـان الـزوج الأول بـعـد مـا تـزوجهـا أنـكـر أن يكون الزوج الثانى دخل بها، وادعـت هى الدخول كان القول قولها، **وفى الخانية :** وفسد النكاح بإقرار الزوج ، وللمرأة نصف المهر إن لم يدخل بها، و تمامه إن دخل بها ، وقال الحسن بن زياد: إذا تزوجها، ولم تخبره بشئ ثم قالت: " لم أتزوج ، أو : لم يدخل بى الزوج الثانى" وكـذبهـا الـزوج فـالـقـول قـول الـمـرأة فى ذلك ، ولو كان الزوج هو الذى قال: "لـم تتـزوجـى ، أولـم يدخل بك الثانى " و قالت المرأة: "لا بل كان ذلك" فالقول قولها، ويفسد النكاح بقوله، ولها عليه نصف المسمى إن لم يدخل بها، والكل إن دخل .

٧٥١٤:- و قـال هشـام : سـألت محمدا عن رجل طلق امرأته بعد الدخول بهـا، ثـم تـزوجت بزوج آخر بعد الطلاق بيوم، فقال الزوج : "تزوجتك ولـم تنقض عـدتك" وقـالـت "قد كنت أسقطت"، **وفـى الخانية :** سـقـطـا استبـان خلقه بعد الـطلاق، فالقول قول الزوج ، و إن بـدأت هى قبل أن تزوج نفسها من هذا الرجل، أو بـعـد ذلك فـقـالـت: "قد كنت أسقطت وانقضت عدتى و تزوجت بزوج" قبل قـولهـا ، فـإن قـال الزوج بعد ذلك: " كنت فى العدة حين تزوجتك" فسخ النكاح بينهما و قضى لها بنصف المهر على الزوج .

٧٥١٥:- أبـو سليمـان عن أبى يوسف : رجل طلق امرأته ثلاثا فمكثت شهرين، ثم تزوجها رجل فقالت بعد النكاح: "لم تكن عدتى انقضت" لم تصدق المرأة وله أن يمسكها ، ولـو كـان التزوج بعد الطلاق فى وقت لاتنتقض العدة فى مثله قبل قولها ، ولو تزوجها الأول بعد سنتين من وقت الطلاق، فقالت بعد ذلك: "لم أتزوج غيرك" فالقول قولها .

٧٥١٦:- وفى اليتيمة : سئل والدى عن المحلل إذا أولج إلى مكان البكارة ، أتحل للأول ؟ : قال "لاتحل" و تلك النهاية لا تعتبر لحل الأول ، وسئل أيضا عن امرأة زوجت نفسها من كفو، ثم مات الزوج قبل الدخول بها، أتحل للأول؟ فقال: الموت لايقوم مقام الدخول فى هذا الحكم ، وسئل حمير الوبرى ويوسف بن محمد عن الزوج الثانى هل يهدم ما دون الثلاث بواسطة الدخول أم بمجرد النكاح ؟ فقالا: لا بد من الدخول .

٧٥١٧:- م : إذا تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج ، وكان من قصد هما التحليل،

٧٥١٧:- قول المصنف : و نكاح الثانى صحيح ولا تحل للأول: أخرج البيهقى عن ابن سيرين أن امرأة طلقها زوجها ثلاثا ، وكان مسكين أعرابى يقعد بباب المسجد ، فجائته امرأة فقالت: هل لك فى امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة و تصبح فتفا رقها فقال : نعم، فكان ذلك ، فقالت له امرأته : إنك إذا أصبحت فانهم سيقولون لك : فارقها ، فلا تفعل ذلك فإنى مقيمة لك ماترىٰ واذهب إلى عمر ـ رضى الله عنه ـ فلما أصبحت أتوه وأتوها فقالت :كلموه فأنتم جئتم به ، فكلموه فأبى، فانطلق إلى عمر ـ رضى الله عنه ـ فقال : الزم امرأتك ، فإن رابوك بريبة فأتنى ، وأرسل إلى المرأة التى مضت لذلك فنكل بها ، ثم كان يغد و على عمر و يروح فى حلة فيقول : الحمد الله الذى كساك يا ذاالرقعتين حلة تغد و فيها و تروح . السنن الكبرىٰ للبيهقى ، النكاح ، باب من عقد النكاح مطلقا لا بشرط فيه فالنكاح ثابت الخ ٤٩٧/١٠ برقم ١٤٥٣٤ .

وأخرجه سعيد بن منصور فى سننه مفصلا ، فانظر سنن سعيد بن منصور ، الطلاق ، باب ماجاء فى المحلل والمحلل له ، ٥٠/٢ برقم ١٩٩٩ .

وقول المصنف : ولكن يكره ذلك للأول، فأخرج ابن ماجة عن عقبة بن عامر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلىٰ يا رسول الله ! قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له . سنن ابن ماجة ، النكاح ، باب المحل والمحلل له . ١٣٩/١ برقم ١٩٣٦ .

وأخرج أبو داؤد ، النكاح ، باب فى التحليل ، ٢٨٤/١ برقم ٢٠٧٦ .

وأخرج الترمذى عن جابر بن عبد الله و على قالا : إن رسو الله صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له، سنن الترمذى ، النكاح ، باب ماجاء فى المحلل و المحلل له ، ٢١٣/١ برقم ١١٢٨ .

إلا أنهما لم يشترطا ذلك بقول حلت للزوج الأول ، **وفى الكبرى :** ولا يكره ، ولو شرط الإحلال بالقول، وأنه تزوجها لذلك، فالنكاح صحيح فى قول أبى حنيفة و زفر و تحل للأول، ولكن يكره ذلك للأول والثانى ، قال أبو يوسف : النكاح الثانى فاسد، ولا تحل للأول ، و قال محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ : نكاح الثانى صحيح ، ولا تحل لأول ، **وفى المضمرات :** والصحيح قول أبى حنيفة وزفر ، وأما إذا نوى التحليل بالقلب، ولم يقل باللسان، تحل للأول فى قولهم جميعا . **وفى الجامع الأصغر :** وقال بعض مشايخنا : إذا تزوج ليحللها للأول فهذا الثانى مأجور فى ذلك ، **وفى السراجية :** إذا لم ينص على الوقت ولم يأخذ على ذلك أجرا .

٧٥١٨:- والحكم فى الأمة المنكوحة بعد الثنتين نظير الحكم فى حق الحرة بعد الثلاث، لاتحل لزوجها ما لم تتزوج بزوج ثان، ويد خل بها الثانى ، **وفى الهداية :** ثم يطلقها أو يموت عنها، والشرط فى الدخول الإيلاج دون الإنزال، **م :** و وطؤ المولى لايحل للزوج الأول، ولو اشتراها الزوج لم تحل بملك اليمين .

٧٥١٩:- وفى الحجة : وإذا تزوجت المطلقة واحدة أو ثنتين بزوج آخر، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما اللّٰه : يهدم تطلقتين و تعود إلى الزوج الأول بثلاث تطليقات ، خلافا لمحمد والشافعى .

٧٥٢٠:- وسئل شيخ الإسلام يوسف بن إسحاق الإسبيجابى الخطيبى عمن طلق امرأته ثلاثا، وكتم عنها و جهل يطأها فمضت ثلاث حيض، ثم أخبرها بذلك هل يجوز لها أن تنزوج بزوج آخر؟ قال: لا ، لأن الوطء جرى بينهما بشبهة النكاح، وإنه موجب للعدة ، إلا إذا كان من آخر و طئها جرت ثلاث حيض قيل له: فإن كان عالمين بالحرمة مقرين بوقوع الحرمة الغليظ" ولكن يطأها فحاضت ثلاث حيض ثم أرادت أن تتزوج بزوج آخر ؟ قال : يجوز نكاحها؛ لأنهما إذا كانا مقرين بالحرمة كان الوطء ، زنا، والزنا لا يوجب العدة، ولا يمنع من أن تتزوج ، وبه نأخذ ، إلا إذا كانت حبلى ، على قول أبى يوسف و محمد رحمهما اللّٰه حتى تضع حملها ، وعلى قول أبى حنيفة يجوز، ولو كانت فى عدة الزوج الثانى فى منزل الزوج الأول وهو يطأها، فإنه لايمنع انقضاء العدة، ولكن بالو طئ يجب

الحد إذا لم يكن بشبهة، و إذا كان الزوج الذى طلقها ثلاثا يقر عندها بالحرمة، و ينكر عند القاضى، ولم يكن لها شهود، فان أمرها القاضى بطاعته تكون معذورة، والإثم على الزوج المطلق ، قال: **الحجة :** إن جددا نكاحا عند أصحاب القاضى، كان أقرب إلى التجاوز و العذر .

٧٥٢١:- وفى اليتيمة : سئل على بن أحمد عن رجل قال لامرأته: " إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثا" فدخلت ثم حبست نفسها عن قربان زوجها ثلاثة قروء ، و تزوجت بزوج آخر و دخل بها و طلقها وانقضت عدتها ، ثم قالت لزوجها الأول: "جدد لى نكاحا" فائتمر بها و زوجها غير عالم بما صنعت مع أنها فى بيته هل صارت حلالا له ؟ قال : لايجوز هذا الصنع، ولا يثبت به الحل ، وسئل عنها أبو حامد؟ فقال : ما دامت فى دار الزوج لايصدقان فى إسقاط العدة فى الحكم، ويصدقان فيما بينهما وبين الله تعالى ، وسئل على ابن أحمد مرة أخرى و زيد فى السؤال : والزوج لم يصدقها فى الدخول والمسألة بحالها ؟ فقال : لاتحل.

٧٥٢٢:- وسئل على بن أحمد عمن قال لامرأته : "إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثا"، ثم إنها فعلت ذلك الفعل ، ولم يعلم الزوج بذلك ، ومضى عليها ثلاثة قروء ، فتزوجت بزوج آخر، ودخل بها ثم طلقها، ومضت عليها ثلاثة أقراء ، ثم أخبرت الزوج الأول بما صنعت، هل تحل للأول أم لا؟ فقال : إن لم يصدقها الزوج فإنها لاتحل له بحال ، و إن صدقها فى التزوج بزوج آخر و الدخول بها وغير ذلك، فإنها لاتحل عند الفقهاء من أصحابنا، و تحل عند الجهال من أصحابنا.

ومما يتصل بهذه المسائل :

٧٥٢٣:- سئل الشيخ الإمام نجم الدين عمن حلف بثلاث تطليقات، وظن أنه لم يحنث ، واستفتت المرأة ، فأفتيت بو قوع الثلاث، وعلمت أنها لو أخبر الزوج بذلك أنكر اليمين، هل لها أن تحلل بعد مافارقها زوجها بسفر وغيره، و تنقضى عدتها وتعتد من الزوج الثانى، ثم تأمر الأول بعد الأيام بتجديد النكاح بشئ دخل فى قلبها بشبهة ؟ قال: أما فى القضاء لإنكار الزوج وقوع الطلاق

الثلاث ولا بينه لها فلا ، وأما فيما بينها و بين اللّٰه تعالیٰ فهی فی سعة من ذلك ، قال: وقد وقعت هذه الحادثة فی زمن السيد الإمام أبی شجاع فسألته عن ذلك بالفتوی، فكتب أنه يجوز، ثم سألته بعد ذلك بهذه ؟ فقال : لايجوز ولا يطلق لها ذلك ، فلقد أجاب ذلك فی حق التی لايوثق بقولها .

٧٥٢٤:- وسئل الشيخ الإمام أبو القاسم عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثا، ولا تقدر أن تمنع نفسها منه هل يسعها أن تقتله ؟ قال : لها أن تقتله فی الوقت الذی يريد أن يقربها ولا تقدر علی منعه إلا بالقتل، وهكذا كان فتوی شيخ الإسلام أبی الحسن عطاء بن حمزة والإمام أبی شجاع ، وكان القاضی الامام الاسبيجابی يقول : ليس لها أن تقتله ،**وفی الملتقط :** وعليه الفتوی ، قال الشيخ الإمام نجم الدين : يحكی به جواب السيد الإمام أبی شجاع يقول : لها أن تقتله ، فقال : إنه رجل كبير وله مشايخ أكابر لايقول إلا عن صحته فالا عتماد علی قوله.

٧٥٢٥:- وفی فتاوی الشيخ الإمام محمد بن الوليد السمرقندی : فی مناقب أبی حنيفة رحمه اللّٰه عن عبد اللّٰه بن المبارك رحمه اللّٰه عن أبی حنيفة رحمه اللّٰه أن من طلق امرأته ثلاثا، ثم قصدها فإنها ترده عن نفسها ، ولها أن تقتله ، **وفی الحاوی :** عن محمد : إن أراد الرجل أن يكره امرأة أو صبيا فقتلاه فدمه هدر .

٧٥٢٦:- م : إذا شهد عند المرأة شاهدان عدلان أن زوجها طلقها ثلاثا ، وهو يجحد ذلك، ثم ماتا أو غابا قبل أن يشهدا عند القاضی، لم يسعها أن تقيم معه، وأن تدعه يقربها ، فإن حلف الزوج والشهود قد ماتوا فردها القاضی عليه لايسعها المقام معه، وينبغی لها أن تفتدی بمالها أو تهرب منه ، فإن لم تقدر علی ذلك قتلته متی علمت أن يقربها لكن ينبغی أن تقتله بالدواء ، وليس لها أن تقتل نفسها ، و إذا هربت منه لم يسعها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانی : هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالی إذا هربت فلها أن تعتد و تتزوج بزوج آخر .

٧٥٢٧:- وفی الولوالجية : لو أن امرأة غاب عنها زوجها فأتاها مسلم ثقة

٧٥٢٧:- أخرج ابن أبی شيبة عن الحسن و خلاس : فی الرجل يطلق امرأته وهو غائب عنها ، قالا : تعتد من يوم يأتيها الخبر . مصنف ابن أبی شيبة ، الطلاق ، ١٣٣/١٠ برقم ١٩٢٦٥ .

فأخبر ها أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها، أو أتاها بكتاب من زوجها، ولا تدرى أنه كتابه أم لا، ولا أنه كان ثقة أو غير ثقة ، إلا أن أكبر رأى المرأة أنه حق، فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج .

٧٥٢٨:- ولو أن امرأة أتاها رجل، فأخبر أن أصل نكاحها فاسد، أو أن زوجها كان أخاها من الرضاعة أو مرتدا، لم يسعها أن تتزوج بقوله وإن كان ثقة .

وفى النسفية : سئل عن امرأة حرمت على زوجها، ولا يتخلص عنها الزوج، ولو غاب عنها سحرته فردته إليها هل له أن يحتال فى قتلها بالسم و نحوه ليتخلص منها؟ قال : لايحل ، ويبعد عنها بأى وجه قدر .

م : وأما المسائل التى تتعلق بنكاح الفضولى فى الطلاق المضاف

٧٥٢٩:- إذا حلف الرجل بطلاق امرأة بعينها إن تزوجها، فزوجه رجل تلك المرأة بغير أمره، وأجاز هو قولا أو فعلا، أو حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها، فزوجه رجل امرأة بغير أمره، فأجاز هو قولا أو فعلا قال بعض مشايخنا : إن أجاز بالقول يحنث ، وإن أجاز بالفعل لايحنث ، **وفى السراجية :** قال الشيخ الامام السرخسى والشيخ الامام على ابن محمد البزدوى : و عليه الفتوى باللسان لا بالقلم ، وقال بعضهم : يحنث أجاز بالقول أو بالفعل ، وقال بعضهم : لا يحنث أجاز بالقول أو بالفعل ، وأشار إليه فى الزيادات وهو الأشبه ، **وفى الملتقط :** وعن أبى الحسن الرستغفى أنه كان يفتى بالجواز .

٧٥٣٠:- وفى الحجة : وحكى أن أئمة أسروشنة كتبوا إلى أئمة سمر قند منهم أبو أحمد العياضى، وإلى أئمة بخارا منهم محمد بن إبراهيم الميدانى : أن علماء عصر نا يختلفون فى مسألة نكاح الفضولى ، منهم من سوى بين الاجازة بالقول والفعل أنه لا يحنث فيهما ، ومنهم من قال : يحنث فيهما ، ومنهم من قال : يحنث بالقول دون الفعل ، ما اتفقوا على شئ يجرى عليه ولا يختلف، فذكر الإمام أبو أحمد العياضى ذلك لأئمة عصره وأئمة بخارا فاجتمعوا و تكلموا فى هذه المسألة، وجرى الكلام بينهم يومين من أول النهار إلى آخره بالنظر والاستدلال

والانصاف و طلب الصواب وابتغاء الثواب، فوقع اتفاقهم على أنه لايحنث الحالف بالاجازة بالفعل و يحنث بالقول ، وهو أو سط الأقاويل .

٧٥٣١:- م : قال الشيخ الامام نجم الدين : كل جواب عرفته فى قوله "كل امرأه أتزوجها" فهو الجواب فى قوله "كل امرأة تدخل فى نكاحى" ؛ وهذا بخلاف مالو قال "كل عبد يدخل فى ملكى فهو حر" فإنه يعتق بعقد الفضولى إذا أجازه ؛ لأن ملك اليمين لايختص بالشراء، بل له أسباب، فلا يكون ذكره ذكر الشراء : أما هاهنا بخلافه ، و إذا قال "كل امرأة تصير حلالا لى" فهذا وما لو قال "كل امرأة تدخل فى نكاحى" سواء، وحكى عن الشيخ الامام أبى جعفر أنه قال : وقال بعض الفقهاء: الحيلة فى هذه الصورة أن يزوجه فضولى امرأة بغير أمره و بغير أمرها، ثم يجيز هو النكاح ثم تجيز المرأة النكاح ، فيقع الحنث قبل إجازة المرأة باجازة الزوج، فاجازتها لا تعمل، فيجددان النكاح بعد ذلك، ويكون نكاحا جائزا .

٧٥٣٢:- وفى الفتاوى الخلاصة : رجل جعل أمر كل امرأة يتزوجها بيد امرأته، ثم زوجه فضولى امرأة، وأجاز هو بالفعل فطلقتها امرأته التى بيدها الأمر، لا يقع الطلاق ، وهى الحيلة من هذه المسألة، ثم الفعل الذى يقع به الاجازة فى نكاح الفضولى فعل هو مختص بالنكاح، وهو بعث شئ من المهر و إن قل ، أما بعث الهدية والعطية لايكون إجازة ، **وفى الحجة :** حتى لو أجاز ذلك بالقول تقع ثلاث تطليقات : **م :** فعلى هذا القياس لو بعث إليها شيئا من النفقة لايكون إجازة ، **وفى الخانية :** وإن بعث إليها بالمهر ثم أجاز بالقول بعد ذلك لاتطلق ؛ **وفى الحجة :** قال الشيخ أبو القاسم : إن كانت المرأة بكرا كبيرة، أو ثيبا صغيرة يبعث بما يريد أن يرسل إلى وليهما؛ لأن ولاية قبض مهر البكر والصغير للولى.

٧٥٣٣:- وفى الظهيرية : ثم الإجازة بالفعل أن يبعث إليها شيئا من المهر و دفع إليها ، فإن لم يدفع المهر إليها هل يكون إجازة ؟ لا رواية فى الكتاب لهذا، وقيل: بأنه يكون إجازة ، ولو دفع الزوج إليها وقال "هذا مهرك" قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى : هذا يكون إجازة بالقول ، ولو قبلها أو لمسها بشهوة يكون إجازة بالفعل، ولكن يكره ذلك ، ولو خلابها ذكر شمس الأئمة السرخسى أنه يكون إجازة .

۷۵۳٤:- وفى الخانية : فضولى زوج رجلا امرأة، ثم حلف الرجل أن لا يتزوج امرأة ، ثم أجاز الحالف نكاحا باشره الفضولى قبل اليمين، لا يحنث فى يمينه؛ لأن الإجازة ليست بعقد، ولو و كل رجلا بأن يزوجه امرأة، ثم حلفت أن لا تزوج نفسها، فزوجها وليها فسكتت روى عن محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ أنه قال : حنثت فى يمينها ، جعل الاجازة بالفعل حنثا .

۷۵۳۵:- وفى الملتقط : إذا حلف أن لا يتزوج بالرى، فزوجه فضولى خارج الرى، والزوج والمرأة بالرى، فأجاز بالرى لايحنث ، إنما المعتبر حيث وقع العقد ، ولو حلف لايزوج بنتا له صغيرة، فزوجها غيره والأب حاضر ساكت، ثم أجاز لم يحنث .

۷۵۳٦:- وفى المضمرات والنسفية : سئل شيخ الاسلام نجم الدين عمر عمن قال :"كل امرأة أتزوجها أو يزوجها غيرى لأجلى فهى طالق ثلاثا" فما الوجه فيه ؟ قال : إن زوجها الفضولى لأجله فيقع الطلاق الثلاث، ولكن لا تحرم عليه ؛ لأنها تطلق قبل دخولها فى ملك الزوج فلا تحرم عليه ، ألاترى! أن بعد عقد الفضولى لو طلقها الزوج ثلاثا لاتحرم عليه ، و إنما لا تحرم لأن الطلاق إنما يقع قبل دخولها فى ملك الزوج ، فكذا هاهنا، إلا أنه لا يقبل الاجازة لأنه صار مردودا فيعقد الفضولى ثانيا لأجله و يجيز هو بالفعل على ما ذكرنا، هكذا حكى عن الشيخ الإمام نجم الدين ، وعندى أن فى الكرة الثانية لا حاجة إلى عقد الفضولى بل إذا تزوج بنفسه لا تطلق ؛ لأن اليمين فى حق هذه المرأة انحلت بتزوج الفضولى لا إلى جزاء ، ألا ترى من قال " إن تزوجت فلانة أو أمرت إنسانا ليزوجها فهى طالق" فأمر إنسانا ليزوجها منه، فزوجها لم تطلق ؛ لأن اليمين انحلت بالأمر لا إلى جزاء، وكذلك إذا قال : إن خطبت فلانة، أو تزوجتها فهى طالق" فخطبها، ثم تزوجها، لا تطلق، لأن اليمين انحلت بالخطبة لا إلى جزاء .

۷۵۳۷:- وفى الحاوى : وسئل عمن قال : اگر فلانه رابخواهم از من بسه طلاق ، فتزوجها هل تطلق ثلاثا؟ قال : نعم ، قيل : فإن خطبها أولا ثم تزوجها ؟ قال : تطلق أيضا ، قيل : أليس قوله "بخواهم" تفسير قوله "خطبت" ؟ قال : لابل قوله

"بخواهم" تفسير قوله "نكحت" أو "تزوجت" فى عرف أهل زماننا و بلدتنا ، قيل : و إن كان عارفا باللسان حافظا لهذه المسألة وهو يقول : عنيت بهذه الكلمة خطبة دون العقد ؟ قال: لا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر ، والمجازالمتعارف يلحق بالحقيقة ، فأما بينه وبين اللّٰه تعالىٰ فقد صح مانوى إذا احتمله اللفظ .

٧٥٣٨:- م : وسئل نجم الدين أيضا عمن قال: "كل امرأة أتزوجها أو زوجها غيرى لأجلى وأجيزه فهى طالق ثلاثا ، ؟ قال : لاوجه لجوازه لأنه شدد على نفسه ، إذا قال الحالف لغيره : مرا سوگند است بدين وجه بعقد فضولى حاجتست، ولم يأمره بالعقد فعقد وأجاز الحالف بالفعل لايحنث ، **وفى الخانية :** وكذا لو قال لجماعة : مرا كسے مى بايد كه مرا زنى خواهد يجوز، ولا يكون ذلك توكيلا ؛ لأن التوكيل المجهول باطل ، **م :** ولو قال از بهر من عقد فضولى كن ، فيحنث الحالف، و إذا حلف لا تطلق امرأته فطلقها فضولى وأجاز الزوج ذلك قوا أو فعلا، **وفى الحجة :** بأن فارقها أو دفع إليها مهرها، فالجواب فيه نظير الجواب فى النكاح .

٧٥٣٩:- وفى الحجة : سئل أبو بكر الإسكاف عمن حلف أن لا يزوج ابنته فتزوجها فضولى فأجاز بالفعل بأن قبض مهر ابنته، صح النكاح ولا يحنث .

٧٥٤٠:- وفيها : فضولى زوج امرأة من رجل وقبض الفضولى الآخر عنه بخمسمائة، والرجل والمرأة لا يعلمان بذلك، فدخل الرجل بهذه المرأة بشبهة، فقضى القاضى بألف درهم لها عليه وهى مهر المثل ثم علما بالنكاح فأجاز الرجل النكاح الصادر من الفضولين : فإنه لا يجوز النكاح ، لأن القاضى قد قضى بألف درهم وهو مهر المثل بالوطئ بالشبهة فصار قضاؤه فسخا لفعل الفضولين، فإنه لايجوز إجازتهما ، لأنه لو جوزنا ذلك والمسمى خمسمائة لوجب على المرأة رد خمسمائة على الزوج : وفيه إبطال قضاء القاضى فلا يجوز ، و صورة عقد الفضولى أن يجلس الشهود والمرأة فيحمد اللّٰه تعالىٰ عز وجل أحد من القوم ثم قيل للمرأة : تو كه عائشه دختر فلان بن فلان بن فلان معروف خويشتن را بچندين كابين بفلان بن فلان ابن فلان دادى ؟ و آنكس از آنجا غائب باشد گويد : دادم ، فقال رجل من القوم : من اين نكاح را از بهر

فلان بن فلان، معروف بدين كا بين پذيرفتم ، و شهد القوم ثم ذهب وأخبر فلان بن فلان بهذا فلم يتكلم، ثم أرسل إليها شيئا من المهر صح النكاح ، ولو هنأه القوم بذلك و قبل التهنئة وأحسن دعاء الذين هنؤه بذلك صح .

م : وأما المسائل التى تتعلق برفع اليمين بالطلاق المضاف

٧٥٤١:- الحنفى إذا عقد اليمين على جميع النسوة بأن قال: "كل امرأة أتزوجها فهى طالق" أو عقد اليمين على امرأة واحدة بأن قال لامرأة :" إن تزوجتك فأنت طالق" فتزوج امرأة فى الفصل الأول، أو تزوج بتلك المرأة بعينها فى الفصل الثانى، ثم إنهما رفعا الأمر إلى حاكم يعتقد مذهب الشافعى، و قضى بجواز النكاح ، وبطلان اليمين المضاف : نفذ قضاؤه و صارت المرأة حلالا له بلا خلاف إن كان الحالف عاميا ، و إن كان فقيها فكذلك فى قول محمد ، وعلى قول أبى يوسف رحمه اللّٰه تعالىٰ لا يصير حلالا له، هكذا وقع فى بعض النسخ ، وفى بعض النسخ: إن كان فقيها فكذلك فى ظاهر الرواية، و روى عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه لا يصير حلالا .

٧٥٤٢:- و اعلم بأن المبتلى بالحادثة المجتهد فيها، إن كان عاميا، فعليه أن يتبع حكم القاضى فى تلك الحادثه سواء وقع الحكم له أو عليه ، و إن كان فقيها له رأى، إن وقع الحكم عليه بأن كان هو يعتقد الحل، و قضى القاضى بالحرمة، فعليه أن يتبع قضاء القاضى ، و إن حصل الحكم له بأن كان يعتقد الحرمة وقضى القاضى بالحل ، فعليه أن يتبع حكم القاصى فى قول محمد، وعلى قول أبى يوسف لا يترك نفسه ولا يلتفت إلى إباحة القاضى فيما يعتقده حراما، هكذا وقع فى بعض النسخ ، وذكر الخصاف فى أدب القاضى فى هذه الصورة أن عليه أن يتبع حكم القاضى فى ظاهر الرواية.

٧٥٤٣:- وفى المضمرات : القاضى إذا فوض إلى شافعى ليقضى ببطلان اليمين بالطلاق جاز ، و عليه الفتوى ، و إذا كتب القاضى الحنفى إلى القاضى الشافعى فى تقليده فى هذه الصورة وأمثالها، إن كان التقليد للحكم ببطلان

اليمين، كان جائزا فی قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه تعالیٰ خلافا لهما .

٧٥٤٤:- وفی الجامع الأصغر : قال الشيخ أبو نصر الدبوسی فی الحاكم المحكم إذا حكم بجواز النكاح بعد الطلاق المضاف وهو يرى ذلك، نفذ حكمه و جاز النكاح ولا يقع الطلاق ، وقال كثير من المشايخ : لايجوز، و ذكر الشيخ شمس الأئمة الحلوانی أن حكم الحاكم المحكم فيما عدا الحدود والقصاص من المجتهدات نحو الكنايات والطلاق المضاف جائز، هذا هو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى و قالوا : لا يحتاج إلى حكم الحاكم المقلد كمافی الحدود و القصاص كيلا يتجاسر العوام فيه، وسئل الإمام حسام الدين عن هذا فقال : أقول : لا يحل لأحد أن يفعل هذا، ولا ازيد على هذا، قال شمس الأئمة الحلوانی : وقد روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة إذا استفتی فقيها عدلا من أهل الفقه والفتوى فأفتاه، ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه ، و إمساك المحلوف بطلاقها ، قال : وقد روى عنهم ما هو أوسع من هذا أن صاحب الحادثة إذا استفتی فقيها فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة : فإن تزوج امرأة أخرى، وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها، واستفتی فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين، يفارق الأخرى و يمسك الأولى عملا بفتواهما .

٧٥٤٥:- وفی الظهيرية : وصورة فسخ اليمين أن هذا الحالف تزوج امرأة فيرفعان الأمر إلى القاضی الشافعی ، فيدعی الزوج أنها منكوحته، وقد تمردت عليه و زعمت أنی حلفت أن كل امرأة أتزوجها فهی طالق، وقد تزوجنی و صرت مطلقة بحكم هذا اليمين، فيلتمس الزوج من القاضی فسخ اليمين، فيقول القاضی : فسخت اليمين و حكمت بجواز هذا النكاح الذی جرى بينكما فتنفسخ.

٧٥٤٦:- م : و إذا قال: ”كل امرأة أتزوجها فهی طالق“ فتزوج امرأة و فسخ اليمين عليها أو قال لامرأة بعينها : ” إن تزوجتك فأنت طالق“ فتزوجها وفسخ اليمين عليها بطريقة لاتحتاج إلى عقد جديد فالعقد الأول يكفيه ،**وفی الظهيرية :** وهو الأصح، **م :** وعن هذا قلنا : لو كان الزوج وطأها قبل الفسخ، ثم فسخ القاضی

اليمين، كان ذلك الوطؤ حلالا، لأن بقضاء القاضى بالفسخ تبين أن اليمين لم تكن منعقدة، وأن الطلاق لم يقع فتبين أن الوطء كان حلالا .

٧٥٤٧:- وفى الخانية : ولو أن حنفيا علق الطلاق بالتزوج ، فتزوج امرأة فلم يرفع الأمر إلى القاضى، إن سأل شافعيًا فأفتاه بعدم وقوع الطلاق، لاينبغى للحالف أن يأخذ بفتواه ويترك مذهبه؛ لأن عليه الأخذ بقول علمائه لابقول أصحاب الشافعى و فتواهم ولا يكون حجة فى حقه .

٧٥٤٨:- م : وإذا عقد على جميع النسوة يمينا واحدة بأن قال :"كل امرأة اتزوجها فهى طالق" فتزوج امرأة و فسخ اليمين عليها ثم تزوج امرأة اخرى على قول محمد رحمه اللّٰه لا يحتاج إلى الفسخ على امرأة أخرى ، لأنه فسخ على جميع النسوة ، و على قول أبى يوسف يحتاج إلى الفسخ على امرأة أخرى ، والصدر الشهيد الأكبر جمال الدين جدى ، والقاضى الإمام عماد الدين، والصدر الإمام حسام الدين كانوا يفتون بقول محمد، وأصل المسألة **فى المنتقى :** إذا قال الرجل: "كل عبد اشتريته إلى سنة فهو حر" فاشترى عبدا وخاصمه إلى القاضى، وأقام البينة على هذه اليمين، وقضى القاضى بعتقه، ثم اشترى عبدا آخر و خاصمه قال محمد : أقضى بعتقه ولا أكلفه إعادة البينة ، قال من قبل : إنى قضيت على الحالف بتلك اليمين فالبينة لهما جميعا . وهو رواية ابن سماعة عن أبى يوسف ، و روى المعلى عن أبى يوسف رحمه اللّٰه أن القاضى لا يقضى و يعيد البينة ، وهو رواية ابن سماعة عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه .

٧٥٤٩:- وإذا عقد على جماعة من النسوة على كل امرأة يمينا على حدة وفسخ القاضى النكاح على امرأة واحدة، لاتفسخ اليمين فى حق امرأة أخرى بالإتفاق ، وإذا عقد أيمانا على امرأة واحدة بأن قال لها: " إن تزوجتك فأنت طالق" قال ذلك مرارا، فتزوجها وقضى القاضى بصحة نكاحها ترتفع الأيمان كلها.

٧٥٥٠:- وإذا عقد على امرأة واحدة بكلمة "كلما" بأن قال: " كلما تزوجتك" أو عقد على كل امرأة بكلمة "كلما" بأن قال :"كلما تزوجت امرأة فهى طالق" فتزوج

٧٥٥٠:- راجع إلى تخريج المسألة برقم ٧٢٢١.

تلك المرأة فى الفصل الأول، وفسخ القاضى اليمين عليها، ثم طلقها ثلاثا أو تزوج امرأة فى الفصل الثانى، و فسخ القاضى اليمين عليها، ثم طلقها و تزوجها ثانيا هل يحتاج إلى الفسخ فى حقها مرة أخرى ؟ يجب أن تكون المسألة على روايتين .

٧٥٥١:- وإذا قال :"إن تزوجت فلانة فهى طالق" ثم قال: "كل امرأة أتزوجها فهى طالق" ثم تزوج امرأة وفسخ اليمين عليها ، ثم تزوج فلانة طلقت فلانة. وكذلك إذا أسبقها ثنتين أو ثلاثا، و إن أسبقها أربعا لايظهر الفسخ فى حقهن ، وكذلك لو كانت الثانية أخت الأولى لايظهر الفسخ فى حق الأولى ، هكذا حكى عن الصدر الشهيد، و رأيت مكتوبا بخط بعض المشايخ أن القاضى لا يفسخ اليمين على المرأة التى سبقها أربع ، وكذلك لا يفسخ اليمين على الأخت الثانية على قول هذا القائل .

٧٥٥٢:- وإذا قال: "كل امرأة اتزوجها فهى طالق ثلاثا" فتزوج امرأة وقع الثلاث عليها ، ثم إن هذه المرأة تزوجت بزوج آخر، ولم يعلم به الزوج الأول، ثم إن الزوج الأول طلب من المرأة أن ترفع الأمر إلى قاض آخر يعتقد مذهب الشافعى حتى يفسخ تلك اليمين و يقضى بصحة نكاحها، ففعلت ذلك و قضى القاضى بفسخ تلك اليمين و بصحة نكاحها هل يصح قضاؤه؟ ذكر الامام الزاهد نجم الدين فى فتاواه : أنه لايصح حال قيام النكاح من المرأة ، والزوج الثانى يمنع صحة القضاء بالنكاح للزوج الأول ، وسمعت عن الشيخ الإمام ظهير الدين الحسن بن على أن هذه المسألة على وجهين : إن كان الزوج الثانى غائبا لا يصح قضاؤه ، وإن كان حاضرا يصح قضاؤه و بطل نكاح الثانى .

٧٥٥٣:- وإذا قال: "كل امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا" فتزوج امرأة و طلقها ثلاثا، ثم ترافعا إلى قاض يعتقد مذهب الشافعى فحكم ببطلان اليمين هل يصح حكمه ؟ فاعلم بأن هذه المسألة اختلف المشايخ فيها ، قال أكثرهم على أن الزوج إن لم يكن دخل بها حتى طلقها ثلاثا لا يصح حكمه ، و إن كان الزوج قد دخل بها بعد النكاح ثم طلقها ثلاثا فادعت هى نفقة العدة الواجبة بالطلقات المرسلة بعد الدخول والزوج ينكر ذلك بناء على اعتباره و قوع الطلاق المعلق

عـقيب النكاح لا عتقاد صحة اليمين ، فإذا قضى ببطلان تلك اليمين وقوع الطلاق المرسل و بنفقة العدة عليه ينفذ قضاؤه .

٧٥٥٤:- وفى فتاوى النسفى : سئل عن حنفى قال: "إن تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا" فتزوج امرأة، ثم ترافعا إلى قاض حنفى، فبعثهما إلى عالم شافعى المذهب يسمع خصومتهما ويقضى بينهما وأمره بذلك، فقضى ذلك العالم ببطلان اليمين وصحة النكاح هل يجوز ؟ قال للسائل : هل أخذ القاضى الأول على هذه الحادثة شيئا ؟ قال : نعم ، قال : إذا أخذ فقضاء الثانى باطل ، قيل : إن أخذ القاضى من صاحب الحادثة شيئا مثل أجر الكتابة هل يصح له الحكم من المكتوب إليه ؟ قال : نعم ، و إن لم يأخذ القاضى هذا القدر من الأجر كان أفضل ، قيل : وهل يحتاج لصحة ذلك إلى إجازة القاضى ؟ قال : العرف على هذا أنه يرفع إليه ولكن فى الحكم لا حاجة إلى ذلك ، **وفى الحجة :** قال : فان لم يأخذ الشافعى، **وفى المضمرات :** ولا من على بابه ،على ذلك مالا ورشوة صح الحكم و ترتفع اليمين ، و إن أخذ فلا يصح لأنه عمل لنفسه، **وفى الحاوى :** ولو كتب القاضى إلى شافعى المذهب فلم يذهبا إلى المكتوب إليه حتى تحللت بزوج آخر من غير علم الزوج ثم ذهبا و ترافعا إلى المكتوب إليه، و قضى بقيام النكاح و إبطال الطلاق، لاينفذ هذا الحكم لقيام نكاح الزوج الثانى ، و إن طلقها الثانى كانت أجنبية له فكيف يصح الحكم .

٧٥٥٥:- م : وفى مجموع النوازل : سئل شيخ الاسلام أبو الحسن عن رجل غاب عن امرأته غيبة منقطعة، وقد كان النكاح بشهادة الفسقة هل يجوز للقاضى أن يبعث إلى القاضى الشافعى ليبطل هذا النكاح بهذا السبب؟ قال : نعم، وللقاضى الحنفى أن يفعل ذلك بنفسه آخذا بهذا المذهب وإن لم يكن هذا مذهبه. فقد ذكر فى الكتاب أن القاضى إذا قضى بشئ، ثم ظهر أنه قضى بخلاف مذهبه أنه ينفذ قضاؤه ، و روى عن أبى يوسف أنه صلى بالناس الجمعة ثم أخبر بوجود الفأرة فى بئر الحمام وقد كان اغتسل فيه وكان ذلك بعد تفرق الناس فقال : نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة أن الماء إذا بلغ قلتين لا يحمل خبثا ، ولم يكن مذهبه .

٧٥٥٦:- وفيه أيضا : سئل شيخ الإسلام عن تزوج امرأة بغير ولى، وطلقها ثلاثا بعد ما وطأها، ثم تزوجها ثانيا بتزويج الولى ، ورفعا إلى القاضى الحنفى و قضى القاضى بأن النكاح لأول لم يقع صحيحا لعدم الولى، وأن الطلقات الثلاث لم تقع ، وأن النكاح بتزويج الولى صح ، هل يصح قضاء القاضى على هذه الوجه ؟ قال : لا أدرى ذلك ، لأن محمدا هو الذى يشترط الولى ثم يقول هو فى الكتاب : لو طلقها ثم أراد أن يتزوجها فانى أكره ذلك ؛ وفيه نظر لأن الشافعى يخالف فإنه لا يقول بانعقاد النكاح بدون الولى فيكون قضاء القاضى فى فصل مجتهد فيه، ولكن على خلاف رأى القاضى ، و إنه صحيح على قول أبى حنيفة ، قيل له : فإن كتب القاضى الحنفى بذلك إلى عالم (شافعى) لايرى انعقاد النكاح بدون الولى حتى يعقد فيما بينهما ثم يقضى القاضى ؟ قال : إن أخذ القاضى الكاتب أو المكتوب إليه مالا من المقضى له لايصح ذلك ، قيل له : إن لم يأخذ بذلك شيئا و قضى المكتوب إليه بذلك هل يصح قضاؤه؟ قال : نعم ، قيل له : هل يظهر بهذا القضاء أن الوطء فى النكاح الأول كان حراما أو فيه شبهة ؟ و إن كان بينهما ولدهل يكون فيه خبث، قال : لا .

٧٥٥٧:- وفيه أيضا : وسئل شيخ الاسلام عمن غاب عن امرأته غيبة منقطعة ، ولم يخلف نفقتها، فرفعت الأمر إلى القاضى، فكتب القاضى إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ، ففرق بينهما هل يصح ؟ قال نعم : إذا تحقق العجز قيل: إن كان للزوج عقار أو متاع أو أملاك هل يتحقق العجز؟ قال : نعم إذا لم يكن جنس النفقة ، فإن رفع قضائه إلى قاض حنفى فأجاز فالصحيح أنه لاينفذ قضاؤه .

الفصل الرابع والعشرون فی مسائل الظهار وكفارته

٧٥٥٨:- يجب أن يعلم بأن ذكر الظهار تشبيه منكوحته بظهر أمه بأن يقول لامرأته "أنت علی كظهر أمی"، **وفی السغناقی :** اعلم أن الظهار شرعا عبارة عن تشبيه المنكوحة بالحرمة علی سبيل التأبيد اتفاقا بنسب، أو رضاع، أو صهرية ، وإنما قيدنا بقولنا "اتفاقا" احترازا عن قول الرجل لامرأته "أنت علی كظهر فلانة" وهی أم المزنی بها، أو ابنة المزنی بها فإنه لايكون مظاهرا ، وإن من الفقهاء من قال : إن الحرام لايحرم الحلال، وشرطه من جانب المشبه أن يكون عاقلا بالغا مسلما ، ومن جانب المشبهة أن تكون منكوحته .

٧٥٥٩:- م : وشرط صحته أن تكون المشبهة منكوحته حتی لو ظاهر من أمته بأن قال لأمته "أنت علی كظهر أمی" فإنه لا يصح الظهار ، وأن تكون المشبه

قال الله : عزو جل فی التنزيل : والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودن لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا ، ذلكم تو عظون به ، والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ، ذلك لتؤ منوا بالله ورسوله و تلك حدود الله وللكفرين عذاب أليم . سورة المجادلة ، رقم الآية ٣-٤ .

وأخرج أبو دأود عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهرمنی زوجی أوس بن الصامت ، فجئت رسول الله صلی الله عليه وسلم أشكوا إليه ورسول الله يجادلنی فيه ، ويقول : اتقی الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتی نزل القرآن : "قد سمع الله قول التی تجادلك فی زوجها" إلی الفرض، فقال : يعتق رقبة ، قالت : لايجد ، قال : فيصوم شهرين متتابعين ، قالت : يا رسول الله ! إنه شيخ كبير مابه من صيام ، قال : فليطعم ستين مسكيناً ، قالت : ماعنده من شئ يتصدق به ، قالت : فأتی ساعتئذ بعرق من تمر ، قلت : يارسول الله ! فانی أعينه بعرق آخر، قال : قد أحسنت ، اذهبی فاطعمی بها عنه ستين مسكينا، وارجعی إلیٰ ابن عمك ، قال : والعرق : ستون صاعا، سنن أبی داؤد، الطلاق ، باب فی الظهار ٣٠٢/١ برقم ٢٢١٤ .

٧٥٥٨ :- أخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال : قلت لعطاء : الظهار هو أن يقول : هی علی كأمّی ؟ قال : نعم ، هوالذی ذكرالله تعالیٰ : يظهرون من نسائهم . مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب كيف الظهار ، ٤٢٢/٢ برقم ١١٤٧٦ .

٧٥٥٩:- أخرج البيهقی عن عمروبن شعيب عن أبيه عن جده قال : لاظهارفی الأمة . ←

بها محرمة حرمة مؤبدة حتى لو شبهها بالمحرمة حرمة مؤقتة كالمطلقة ثلاثا لا يصح الظهار، و على هذا إذا شبهها بذوات المحارم كالعمة والخالة والأخت، أو شبهها بمن حرمت عليه برضاع، أو صهرية كأم المرأة وامرأة الأب كان مظاهرا ، ولو شبهها بأخت امرأة أو بامرأته لها زوج، أو مجوسية، أو مرتدة لم يكن مظاهرا .

٧٥٦٠:- وفی الظهیریة : وإن شبهها بامرأة الأب أو الابن يكون مظاهرا دخل بها أو لم يدخل بها الأب أو الابن . **وفی التهذیب :** ولو شبهها بمن تحل له فی الجملة كأخت المرأة أو شبهها برجل، **وفی الولو الجیة :** أو امرأة لها زوج لم يكن مظاهرا، **م :** ولو شبهها بامرأة زنی بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر فی قول أبی يوسف رحمه الله ، **وفی الظهیریة :** هو الصحیح، **م :** وقال محمد رحمه الله تعالیٰ : لايكون مظاهرا بهذا بناء على أن حاكمًا لوحكم بجواز نكاحها لم ينفذ فی قول أبی يوسف، وقال محمد رحمهما الله : ينفذ ،ولو قبل أجنبية بشهوة، أو نظر إلی فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها . **وفی الظهیریة :** أو بأم تلك المرأة، لم يكن مظاهرا . هذا فی قول أبی حنيفة ، وقال أبو يوسف : يكون مظاهرا ، وعلى هذا الاختلاف رجل ملك جارية ثم قال أبوه لامرأته "أنت علی كظهر هذه الجارية" فإن كان الرجل قد جامعها وباقی المسألة بحالها فهو مظاهر بلا خلاف .

← وأخرج أيضا عن ابن عباس رضی الله عنهما قال : من شاء باهلتُه أنه ليس للأمة ظهار ، والله أعلم ، السنن الكبریٰ للبیهقی ، الظهار ، باب لاظهار فی الأمة ٣١٠/١١ برقم ١٥٦٤٥، ١٥٦٤٧ .

وأخرج الدار قطنی فی السنن فی النكاح . ٣ / ٢١٩ برقم ٣٨١٧-٣٨١٦

وأخرج البخاری تعليقا : وقال عكرمة : إن ظاهرمن أمته فليس بشئ ، إنما الظهار من النساء، صحیح البخاری ، الطلاق ، ٢٣ / باب قد سمع الله قول التی تجادلك فی زوجها الخ ٧٩٧/٢ .

وقول المصنف : وعلیٰ هذا إذا شبهها بذوات المحارم" أخرج عبد الرزاق عن عطاء قال : من ظاهر بذات محرم ذات حرم، أو أخت من رضاعة ، كل ذلك كأمه ، لاتحل له حتى يكفر، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، التظاهر بذات محرم ٤٢٢/٢ برقم، ١١٤٨ .

وأخرج ابن منصور عن الحسن قال : إذا ظاهرمن امرأته من ذی محرم فهو ظهار . سنن سعيد بن منصور ، الطلاق ، باب ماجاء فی ظهار النساء . ٢٠/٢ برقم ١٨٥٢ .

٧٥٦١:- وحكم الظهار حرمة مؤقتة إلى غاية الكفارة مع بقاء أصل الملك، **وفى التجريد:** ولا يحل للظهار أن يطأ التى ظاهر منها أبدا بنكاح ولا بملك يمين ولا بعد زوج حتى يكفر وكذلك لو ارتدت وسبيت بعد اللحاق. م: وأهل الظهار من كان من أهل التحريم والكفارة، حتى لايصح ظهار الصبى والمجنون، **وفى الوالوالجية:** والمعتوه، **م:** والذمى عندنا، وعن أبى يوسف أنه تلزمه كفارة الظهار، وقال الحسن: تلزمه ، كفارة اليمين، وفى بعض المواضع الخلاف بين أبى يوسف والحسن على عكس هذا.

٧٥٦٢:- وفى شرح الطحاوى: العاقل البالغ المسلم إذا ظاهر من امرأته صح ظهاره منها، سواء كانت المرأة حرة، أو أمة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو كتابية، وكفارتها كفارة الحرة المسلمة لو ظاهر منها، ولو أن العبد، أو المدبر، أو المكاتب، أو ولد أم الولد إذا ظاهر من امرأته صح ظهاره، وكفارته ككفارة الحر،

٧٥٦١:- أخرج الترمذى عن ابن عباس أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم قد ظاهر من أمراته، فوقع عليها، فقال: يارسول الله ! إنى ظاهرت من امرأتى، فوقعت عليها، قبل أن أكفر، فقال: وما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها فى ضوء القمر، قال: فلا تقر بها حتى تفعل ما أمرك الله. سنن الترمذى، الطلاق، واللعان، باب ماجاء فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر ١/ ٢٢٧ برقم: ١٢١٣.

وأخرجه أبو داؤد وابن ماجة بتغير يسير فانظر: سنن أبى داؤد، الطلاق، باب فى الظهار ١/ ٣٠١ برقم: ٢٢٢١. سنن ابن ماجة، الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر ١/ ١٤٩ برقم: ٢٠٦٥.

٧٥٦٢:- أخرج البخارى تعليقا: وقال الحسن: ظهار الحر والعبد من الحرة والأمة سواء. صحيح البخارى، الطلاق، ٢٣ /باب قد سمع الله قول التى تجادلك الآية ٢/ ٧٩٧.

أخرج مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد؟ فقال: نحو ظهار الحر. الموطأ للإمام مالك ، الطلاق، باب ظهار العبيد/ ٣٦٠ برقم: ٢٤.

وأخرج سعيد بن منصور عن الحسن وابراهيم والشعبى أنهم قالوا فى العبيد: إذا ظاهر من امرأته: يصوم شهرين متتابعين.

وأخرج أيضا عن سفيان قال: سألت ابن طاؤس ما كان أبوك يقول فى ظهار العبد؟ قال: كان يقول: عليه مثل كفارة الحر. سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب كفارة العبد فى الظهار ٢/ ٢٢ برقم: ١٨٥٩ ـ ١٨٦١.

إلا أن التكفير بالعتق وإلاطعام لايجوز ما لم يعتق، ولو ظاهر من أمته أومدبرته، أو أم ولده فإنه لايصح ظهاره، والظهار لايوجب نقصان العدد ولا يوجب البينونة، وإن طالت المدة إلا أنه لايقرب مالم يكفر.

٧٥٦٣:- وفى الولوالجية: وظهار السكران والمكره لازم' وظهار الأخرس بكتابة' أو إشارة تعرف وهو ينوى لازم كالطلاق.

٧٥٦٤:- وفى الينابيع: ولايكون الظهار إلا من جهة الزوج عند أبى يوسف۔ **وفى الخلاصة:** ومحمد۔ حتى أن المرأة إذا قالت لزوجها "أنت على كظهر أمى" فعليها كفارة يمين، وقال الحسن: تجب عليها كفارة ظهار.

٧٥٦٥:- ويصح الظهار من امرأة منكوحة له بحيث لو طلقها يقع عليها الطلاق، ولو ظاهر من امرأة لايقع عليها طلاق لايكون مظاهرا، **م :** وإذا قال لها "أنت على كظهر أمى" لم يكن إلا ظهارا، يريد بقوله "لم يكن إلا ظهارا" أنه ظهار على كل حال نوى الظهار، أو نوى الطلاق، أو لم ينو شيئا، **وفى الخانية :** وكذلك إن لم ينو التحريم ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه : إن نوى به التحريم بالطلاق، يكون طلاقا، وإن قال "عنيت الكذب" لايسع لها فى القضاء أن تصدقه وتمكنهإ ووسعها فيما بينها وبين اللّٰه تعالى.

٧٥٦٦:- م: ولو قال لها "أنت على كظهر أمك" فهو مظاهر، **وفى شرح الطحاوى :** سواء دخل بها أو لم يدخل، **م :** ولو قال "كظهر ابنتك" فلو أنه يريد به ابنتها من غيره، فإن كان دخل بامرأته فهو مظاهر، **وفى الخانية:** وإلا فلا.

٧٥٦٧:- م : ولو قال " أنت على كأمى" أو قال "مثل أمى" فإن نوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى، **وفى الهداية:** وإن قال "أردت الطلاق" فهو طلاق بائن، **م :** وإن أراد به البر والكرامة لايلزمه شئ، وإن لم تكن له نية فعلى قول أبى حنيفة

٧٥٦٤:- أخرج عبد الزراق عن الثورى قال: كان الحسن لايرى ظهارها من زوجها ظهارا.

وأخرج أيضا: عن ابن جريج تظاهرها : قالت: هو عليها كأبيها، قال: يمين، ليس هى بظهار، حرمت ما أحل اللّٰه لها. مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب تظهاهر المرأة ٦/ ٤٤٣ برقم: ١١٥٩٤ ۔ ١١٥٩٥.

هو ليس بشئ، وقال محمد رحمه اللّٰه : هو ظهار، وعن أبى يوسف رحمه اللّٰه أنه قال: إن كان فى غضب فهو يمين إن تركها أربعة أشهر ولم يقربها بانت منه بتطلقية، وعنه رواية أخرى أنه كان فى غضب فهو على الظهار، **وفى الهداية:** وإن عنى به التحريم لاغير فعند أبى يوسف رحمه اللّٰه هو ايلاء، وعند محمد هو ظهار، **وفى الخلاصة :** وإن نوى به التحريم ذكر فى بعض النسخ أنه إيلاء عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه اللّٰه تعالىٰ، والأصح أنه ظهار عند الكل.

٧٥٦٨:- م : وعن محمد : إذا قال لها "أنت مثل أمّى" يريد به التحريم فهو ظهار، وإن لم تكن له نية فهو باطل، وعنه أيضا: إذا قال لها " أنت أمى" يريد به الطلاق فهو باطل لأنه كذبه، وكذلك إذا قال " إن فعلت كذا فأنت أمى" ولا نية له فهو باطل، وكذلك إن أراد به التحريم ففعل ذلك فهو باطل.

٧٥٦٩:- ولو قال لها "أنت على حرام كأمّى" فإن نوى الطلاق كان طلاقا، وإن نوى الظهار، أو نوى التحريم لاغير صحت نيته، وعند عدم النية يحمل على الظهار، **وفى الخانية :** إن نوى الطلاق، أو الظهار، أو الإيلاء فهو على مانوى، وإن لم ينو شيئا يكون ظهارا فى قول محمد وهو رواية عن أبى حنيفة، وفى رواية عن أبى يوسف عن أبى حنيفة يكون إيلاء، ذكر الجصاص: والصحيح من مذهب أبى حنيفة ما قال محمد.

٧٥٧٠:- م : ولو قال لها "أنت على حرام كظهر أمى" فعلى قول أبى حنيفة هو ظهار على كل حال، **وفى الينابيع :** سواء نوى به ظهارا، أو إيلاء، أو طلاقا، أو لم ينو شيئا، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا نوى الطلاق أو الإيلاء فهو على مانوى، **وفى الكافى :** ثم عند محمد إذا نوى الطلاق لايكون ظهارا، **وفى الجامع الصغير للعتابى :** وعند أبى يوسف إن نوى يمينا يكون إيلاء ولا يكون ظهارا، **وفى الخلاصة الخانية :** ثم عندهما إذا ضمن نية الطلاق عند محمد يكون طلاقا ولا يكون ظهارا، وعند أبى يوسف يكون طلاقا وظهارا.

٧٥٧١:- م : وعن أبى يوسف إذا قال لها " أنت حرام كظهر أمى" وأراد بالحرام الطلاق ألزمته الطلاق ولا أصدقه فى إبطال الظهار. وكذلك إذا أراد بالحرام اليمين ألزمه اليمين، ولا أصدقه فى إبطال الظهار فيكون موليا ومظاهرا.

٧٥٧٢:- ولـو قـال لامـرأتـه "أنـت عـلى كفرج أمي" ولا نية له فهو ظهار، والمذكور **فى القدورى :** إذا شبـه امـرأتـه بعضو من أمه فإن كان لايجوز النظر إليه كـالبطن والفخذ والفرج فهو ظهار، وفى موضع آخر قال: ويشترط أن يكون ذلك العضو مايعبر به عن جميع البدن، وإن شبه عضوا من امرأته بظهر أمه فإن شبه عضوا يـعبـر بـه عـن جـميـع البـدن بظهر أمه، أو شبه جزء ا شائعا من امرأته بظهر أمه فهو مظاهر، **وفى شرح الطحاوى :** كما إذا قال "رأسك على كظهر أمي" أو: وجهك، أو: رقبتك، أو: فـرجك" وكذلك إذا قال "نصفك، أو: ثلثك، أو: ربعك على كظهر أمي". **م :** وإن شبه عضوا من امرأته لايعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل لايصير مظاهرا عندنا، **وفى التجريد :** وقـال الشافعي: يكون مظاهرا، **م :** والكلام فيه نظير الكلام فى الطلاق.

٧٥٧٣:- وفـى القدورى: إذا قـال لهـا أنـا مـنك مظاهرا، أو: "ظاهرت منك" وعـقـد الإيـجـاب فهـو مـظـاهـر، وروى بشـر عن أبى يوسف لو قال لها "أنت منى مظاهرة" فهو باطل، ولو قال "أنت منى كظهر أمي، أو: عندى، أو: معى" فهو مظاهر.

٧٥٧٤:- وفى الخانية: ولـو قال لامرأته "أنت على كالميتة والدم الخنزير" اختـلـفت الروايات فيه، والصحيح أنه إن لم ينو شيئا يكون إيلاء، وإن نوى الطلاق يكون طلاقا، وإن نوى الظهار لايكون ظهارا، **وفى الكافى:** وإن ظاهر مسلم بامرأته ثم ارتدا، ثم أسلما فهو على ظهاره عند أبى حنيفة حتى يكفر، وعندهما يسقط عنه الظهار بالردة، **م :** ولو ظاهر مدة معلومة يوما، أو شهرا، **وفى التفريد:** أو سنةـ **م :** ثم مضى الوقت سقط الظهار عندنا، **وفى الخلاصة:** وقال الشافعي يتأبد.

٧٥٧٥:- م : إذا قـال لهـا "أنـت عـلى كظهر أمي فى غدا، أو بعد غدا" فهو ظهـار واحـد، وإذا قال "أنت على كظهر أمي غدا وإذا جاء بعد غد" فهما ظهاران، إن كفر اليوم لم يجز عن الظهار الذى يقع بعد الغد. **وفى الكافى:** وإن قال "أنت

٧٥٧٤:- أخرج عبد الرزاق عن الثورى قال: بلغنى عن عطاء، أو ابراهيم أنه كان يقول: إذا ظـاهـر مـنها ساعة، فهو لازم له، وقاله ابن أبى ليلى، وقال غيره: إذا ظاهر ساعة، فمضت الساعة، لم يكن شيئا وهو قولنا. مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب يظاهر إلى وقت ٦/ ٤٤٥ برقم: ١١٦٠١.

عـلـى كـظهـر أمـى كل يوم" فهو ظهار واحد يبطل بكفارة واحدة، ولو قال "أنت عـلـى كظهر أمى فى كل يوم" يتجدد الظهار بتجدد كل يوم، فإذا مضى اليوم بطل ظهـار ذلك اليـوم، وكـان مـظـاهـرا فى اليوم الآخر ظهارا جديدا وله أن يقربها فى الـليـل، ولو قال "أنت على كظهر أمى اليوم كلما جاء يوم"كان مظاهرا منها اليوم، وإذا مـضـى بطل هذا الظهار، وله أن يقربها فى الليل فإذا جاء الغد صار مظاهرا ظهارا آخر دائما غير موقت، وكذا وكلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول.

٧٥٧٦:- م : وإذا قـال لها "أنت على كظهر أمى رجب كله ورمضان كله" فـكفر فى رجب سقط ظهار رجب وظهار رمضان استحسانا ، والظهار واحد، وإن كـفـر فـى شعبان لم يجزه. قال أرايت لو قال لها "أنت على كظهر أمى أبداً إلا يوم الـجـمعة" ثم كفر إن كفر فى يوم الاستثناء لم يجزه، وإن كفر فى اليوم الذى هو مظاهر فيـه أجـزاه عـن الـكـل. وروى الـحسـن بن زياد عن أبى يوسف: إذا قال لها "أنت على كظهر أمى إلى شهر" قال: لايكون مظاهرا قبل مضى الشهر، فإذا مضى صار مظاهرا.

٧٥٧٧:- وكـمـا يـحرم الوطىء على المظاهر الى غاية الكفارة فكذا تحرم الـدواعـى نـحو التقبيل واللمس وما أشبه ذلك۔ **وفى الظهيرية :** ولا يـحرم النظر إلى ظهرها وبطنها، **وفى العيون** وقال أبو يوسف: ولا إلى الشعر والصدر، **وفى السغناقى:** وقـال الشـافـعى: لاتحرم الدواعى، **م:** وروى ابـن رستـم عـن محمد أنه قال: يقبل المظاهر امرأته بغير شهوة إذا قدم من السفر.

٧٥٧٨:- ويـصح تعليق الظهار بالشرط، روى بشر عن أبى يوسف إذا قال "أنت على كظهر أمى إذا جاء غد" فهو باطل' وكذلك إذا قال لها "أنت عـلـى كـظهـر أمى أمس" ولو علق الظهار بشرط، ثم أبانها ثم وجد الشرط۔ **وفى الولوالجية :** وهى فى العدة۔ **م :** لم يثبت الظهار، ولو أرسل الظهار بعد البينونة لايـصـح، وهـذا بـخـلاف مـالـو عـلق البينونة، ثم أبانها ثم وجد الشرط حيث يقع الـطلاق، وإذا قال لها "إن شئت فأنت على كظهر أمى" فشاء ت ذلك فى مجلسها لزمه الظهار، وهذا والطلاق سواء.

٧٥٧٩:- وإذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأته أخرى له "أنت على مثل هذه"

ينوى الظهار فهو مظاهر منها، وكذلك إذا ظاهر الرجل من امرأته ثم قال رجل لامرأته "أنت على مثل امرأة فلان" فهو مظاهر منها، وكذلك إذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأته أخرى "أشركتك فى ظهارها" كان مظاهرا منها، **وفى التهذيب:** ولو قال للثالثة "أشركتك فى ظهارهما" فهو مظاهر من الثالثة ظهارين كما فى الطلاق، **م :** وإذا ظاهر من أربع نسوة فعليه لكل واحدة كفارة.

٧٥٨٠:- وإذا أضاف الظهار إلى محال مختلفة ثبتت فى كل محل حرمة على حدة فيحتاج إلى الغاية وهو الكفارة فى كل محل على حدة، **وفى الكافى:** وقال مالك : تكفيه كفارة واحدة، وإذا ظاهر من امرأته مرارا فى مجالس مختلفة، أو مجلس واحد فعليه بكل ظهار كفارة إلا أن يكون عنى بالثانية والثالثة الأول فحينئذ لايلزمه أكثر من كفارة، **وفى التهذيب:** وفى الإيلاء تلزمه كفارة واحدة عند وطئ الكل لاتحاد لفظ اليمين.

٧٥٨١:- م : بشر عن أبى يوسف إذا قال لها "أنت على كظهر أمى مائة مرة" فعليه لكل مرة كفارة، **وفى الخانية:** ولو قال لأجنبية " إذا تزوجتك فأنت على كظهر أمى" فتزوجها يكون مظاهرا، ولو قال "إذا تزوجتك فأنت طالق" ثم قال "إذا تزوجتك فأنت على كظهر أمى" فتزوجها يلزمه الطلاق والظهار جميعا، ولو قال: إذا تزوجتك فأنت طالق ، وأنت على كظهر أمى" فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزمه الظهار فى قول أبى حنيفة، وقال صاحباه: لزماه جميعا.

٧٥٨٢:- م : وإذا وطأ المظاهر ينبغى له أن يستغفر ولا يلزمه سوى الاستغفار شئ،

٧٥٨٠:- أخرج عبد الرزاق عن الزهرى قال: إذا ظاهر من أربع نسوة، فأربع كفارات.

وأخرج أيضا عن الحسن قال: إذا ظاهر من نسائه فلكل واحدة كفارة، وقال غير قتادة عن الحسن: كفارة واحدة تجزيه لهن. مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب المظاهر من نساءه فى قول واحد ٦/ ٤٣٩ برقم: ١١٥٦٩ـ ١١٥٧٠.

٧٥٨٢:- أخرج الترمذى عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر، قال: كفارة واحدة. سنن الترمذى، الطلاق، واللعان، باب ماجاء فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر ١/ ٢٢٧ برقم: ١٢١٢. سنن ابن ماجة، الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر ١/ ١٤٩ برقم: ٢٠٦٤.

وفى الهداية : ولا يعاود حتى يكفر، **م :** ولا ينبغى للمرأة التى ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها حتى يكفر، وإذا أخبرت الحاكم بذلك أجبره الحاكم على أن يكفر، **وفى الظهيرية :** يحبسه القاضى، حتى يكفر، أو يطلق.

٧٥٨٣:- وفى التجريد : ولو قال "أردت بالظهار الإخبار كاذبا" لم يصدق فى القضاء، وكل مالا يصدقه الحاكم فكذا المرأة لايسعهاأن تصدقه، **وفى الخانية:** ويسعها فيما بينها وبين الله تعالى ـ **م :** وروى هشام عن محمد أنه قال: أجبر المظاهر على أن يكفر، وإن لم يفعل حبسته، فإن لم يفعل ضربته وأحبسه الدين ولا أضربه، وإذا أخبر الزوج عن التكفير قبل ولا يمين عليه، ويسعها أن تصدقه ما لم تعلم بخلاف ما قال: أو تعرفه بالصدق والكذب.

٧٥٨٤:- وتكلم العلماء فى سبب وجوب هذه الكفارة، قال عامة العلماء: سبب وجوب هذه الكفارة الظهار والعود، المحققون من أصحابنا قالوا: سبب وجوبها العود، وماذكر الله فى كتابه (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به، والله بما تعملون خبير، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعيين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا) يوجب على هذا الترتيب فيجب تقديمها على المسيس، **وفى التجريد :** وقال مالك: يجوز أن يطأها قبل الإطعام .

٧٥٨٥:- وفى الهداية: وكفارة الظهار عتق رقبة، **وفى السراجية:** كاملة الرق مقرونا بالنية، **وفى الينابيع :** إن الكفارة إنما تجب عليه إذا قصد وطأها بعد الظهار، فإن رضيت أن تكون محرمة عليه بالظهار فلا يعزم على وطئها لم تجب

←وأخرج ابن منصور عن الحسن قال: إن واقع المظاهر قبل أن يكفر فليمسك عن غشيانها، وليستغفر الله عز وجل، ويتوب عليه، ويكفر كفارة واحدة. سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب ماجاء فى الظهار ٢/ ١٦ برقم: ١٨٢٨.

وأخرج أيضا عن ابراهيم فى رجل ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر، قال: يستغفر الله عزوجل ولا يعود، وعليه كفارة واحدة . سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب مايجزئ فى الظهار من الرقبة ٢/ ١٩ برقم: ١٨٤٥.

٧٥٨٤:- قول الله تعالىٰ: "فتحرير رقبة من قبل الخ" سورة المجادلة، رقم الآية: ٣ـ٤ .

عـليه الكفارة، فإن عزم على وطئها وجبت عليه الكفارة، وإن عزم بعد ذلك على أن لا يـطـأهـا سـقـطت عنه الكفارة، وكذا لو مات أحدهما بعد العزم، **وفى التجريد :** وقال الشافعي: إذا سكت عن الطلاق عقيب الظهار استقرت الكفارة، **م :** والعود عندنا هو الـعـزيمة على أن يطأها، وقال الشافعي: هو العزم على الإمساك نكاحا، حتى لو سكت من طلاقها عقيب الظهار يثبت العود، وقال أصحابنا: العود أن يكرر لفظ الظهار.

٧٥٨٦:- وفى الغياثية: ولو طلق المظاهر امرأته موصولا بالظهار فلا كفارة عـليـه إجماعا، ولا يصح الظهار فى المبانة وإن كان طلاقها صحيحا، **م :** ولو أعتق بـعض الرقبة، ثم وطأ فعليه أن يستقبل عتق الرقبة، **وفى شرح الطحاوى :** وعندهما يـجـوز فـى الأحـوال كـلها، وإذا أعتق نصف الرقبة، ثم أعتق النصف الآخر قبل أن يجامعها جاز عن كفارته.

٧٥٨٧:- م : ولـو جـامـعها فى خلال الصوم جماعا يفسد الصوم، يستقبل الـصوم، ولو جامعها ليلا أو نهارا ناسيا لصومه استقبل فى قول أبى حنيفة ومحمد، وقـال أبـو يوسف: يمضى فيه، **وفـى شرح الطحاوى:** ولـو جـامـعها بالنهار عامدا استـأنف بالاتفاق، **م :** ولـو أنـه جـامـع امـرأتـه التى لم يظاهر منها نهارا عامدا فإنه يستـقبـل الـصـوم بـالاتـفـاق ، ولو جامعها بالنهار ناسياً وبالليل ، أو عامداً ، فإنه لا يستقبل الصوم ، ولو جامعها فى خلال الإطعام لم يلزمه الاستقبال، **وفى العتابية:**

٧٥٨٦:- أخـرج عبـد الرزاق عن قتادة قال: إذا ظاهر من امرأته، ثم طلقها، ثم تركها حتى انـقـضـت عـدتها، ثم تزوجت غيره فمات عنها، أو طلقها، ثم راجعها زوجها الأول قال: ليس عليه كـفـارة الظهار، قال: وكان قتادة أيضا يروى مثل قوله هذا عن الحسن، قال معمر: وأما مطر الوراق فـذكـر عن الحسن أن عليه كفارة الظهارة. مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب المظاهر يطلق قبل أن يكفر ٦/٤٣٣ برقم: ١١٥٤١.

٧٥٨٧:- أخـرج عبـد الـرزاق عـن الحسن أو غيره فى المظاهر يصوم ثم يقع على امرأته قبل أن يتـم صومه، قال: يهدم الصوم، قال: وإن أطعم بعض المساكين ثم وقع على امرأته فلا ينهدم، ولكن ليطعم مابقى. مصنف عبد الرزاق، الطلاق، باب المظاهر يصوم ثم يوسر للعتق ٦/ ٤٢٧ برقم: ١١٥٠٨.

وأخـرج سـعيـد بـن مـنـصور عن الحسن وابراهيم والشعبى: أنهم قالوا: فى العبد إذا ظاهر من امرأته: يصوم شهرين متتابعين، سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب كفارة العبد فى الظهار ٢/ ٢١ برقم: ١٨٥٩.

بالإجماع. **وفى الهداية :** وإن ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة إلا الصوم، وإن أعتق المولى، أو أطعم عنه لم يجزه.

٧٥٨٨:- وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة، والمؤمنة ، والذكر ، والأنثى والكبير والصغير، **وفى شرح الطحاوى:** وقال الشافعى رحمه اللّٰه تعالىٰ : لايجوز الرقبة الكافرة فى جميع الكفارات.

٧٥٨٩:- وفى الولوالجية: ثم العيب الفاحش يمنع الجواز فى كفارة اليمين، واليسير لايمنع، والحد الفاصل بينهما أن كل عيب يوجب فوات جنس المنفعة يكون فاحشا، وكل عيب لايوجب فوات جنس المنفعة يكون يسيرا، **م :** ولا تجزى فى الكفارة الرقبة العمياء، ولا مقطوعة اليدين، ولا مقطوعة الرجلين، ولا مقطوعة اليد، والرجل من جانب واحد، بخلاف مقطوعة اليد والرجل من جانبين حيث يجوز، وكذا لاتجوز الخرساء، وتجوز الصماء استحسانا، **وذكر فى النوادر:** أن الصماء لاتجوز وهو القياس، وقيل: رواية النوادر محمولة على الصمم الأصلى وظاهر الجواب محمول على الصمم العارضى، **وفى الزاد :** الأصم الذى يسمع إذا صاح إنسان فمنفعة الجنس ناقصة لافائتة، أما الذى لايسمع أصلا هو الأخرس فلا يجوزعتقه عن الكفارة. **وفى الولوالجية:** وهو المختار. **م :** ويجوز مقطوع الأذنين. **وفى جامع الجوامع:** والمذاكير. **م :** وذاهب الحاجبين وشعر اللحية، وكذا يجوز مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الكلام. **وفى الكافى:** ويجوز الخصى والمجبوب، وقال زفر: لايجوز، **م :** ولا يجوز ساقط الأسنان، ولا يجوز المدبر وأم الولد، ويجوز المكاتب إذا لم يؤد شيئا من بدل الكتابة عندنا، **وفى الزاد:** وقال زفر والشافعى: لايجوز، **م :** فإن أدى شيئا من بدل الكتابة لم يجز

٧٥٨٨:- أخرج ابن منصور عن ابراهيم أنه كان يرى عتق اليهودى والنصرانى جائزا فى كفارة الظهار، سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب مايجزئ فى الظهار من الرقبة. ٢/ ١٧ برقم: ١٨٣٦.

٧٥٨٩:- قول المصنف: "ولا تجزئ فى الكفارة الرقبة العمياء" أخرج ابن منصور عن ابراهيم أنه كان يجيز عتق الأعور فى كفارة الظهار، ولا يجيز عتق الأعمى. سنن سعيد بن منصور، الطلاق، باب مايجزئ فى الظهار من الرقبة ٢/ ١٨ برقم: ١٨٣٨.

فـي ظـاهـر الرواية ، وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه يجوز، ولو أعجز عن أداء بـدل الـكتـابة، ثـم أعتقه يجوز سواء كان أدى شيئا من بدل الكتابة أو لم يؤد. **وفى الينابيع :** ولـو أراد أن يـعتـق مكاتبه بعد ما أدى شيئا من بدل الكتابة فإن عجز عـنها، ثم أعتقه جاز. **م :** ولا يـجـوز مقطوع الإبهامين ولا ثلاثة أصابع من كل يد سـواهـمـا، ولا يـجـزى الجنين ويجزى الرضيع، وكذا لايجوز المجنون والمعتوه، وإن كـان يـجن ويفيق يجوز يريد به إذا أعتقه فى حال إفاقته، **وفى الولوالجية :** ولا يـجوز المفلوج اليابس الشق، **وفى الخزانة:** ولا الزمن ولا المقعد، **وفى السغناقى:** ولو كان مقطوع اليد الواحدة، أو ما يماثلها، أو مقطوع الأنف، أو عنينا، أو كانت أمة رتـقاء ، أو بها قرن يمنع الجماع يجوز عن كفارته. **م :** والمريض الذى فى حد مـرض الـمـوت لايجزى، وإذا كان يرجى ويخاف عليه يجوز. والمرتد يجوز عند بعض المشايخ وعند بعضهم لايجوز، والمرتدة تجوز بلا خلاف.

٧٥٩٠:- وفـى شرح الطحاوى: وإذا أعتـق عبـده عـن كفارته وهو مريض لايـخـرج مـن ثـلـث ماله فمات من ذلك المرض لايجوز عن كفارته، وإن أجازت الـورثة، ولـو أنـه برأ من مرضه جاز، ولو أعتق عبدا حربيا فى دار الحرب إن لم يخل سبيـلـه لايـجـوز، وإن خـلـى سبيـله ففيه اختلاف المشايخ بعضهم قالوا: لايجوز، وروى ابـن إبـراهيم عن محمد: إذا أعتق عبداً حلال الدم وقد مضى بدمه عن ظهاره، ثـم عفى عنه لم يجز، **وفى البقالى :** رواية مـحمد: إذا أعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه، ثم عفى عنه، أو كان أبيض العينين فزال البياض، أو كان مرتدا فأسلم أنه يجوز.

٧٥٩١:- وفى جامع الجوامع: وجاز المرهون والمديون ومباح الدم، **وفيه:** لـو أعتـق الأعـور جـاز، ويـابـس الشـق لا. وإن أعتـق عبـده عن كفارة غيره بإذنه لايـجـوز، وعـند أبى يوسف جاز، وإن أطعم عنه غيره بأمره جاز، **وفى الولوالجية:** وإن أعتـق عـنـه رجل بغير إذنه لم يجزه، فإن كان بأمره فإن كان بجعل قد سماه له أجزاه، وإن بغير جعل لم يجزه فى قول أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجزيه كالإطعام. ولو قال "أن اشتريته فهو حر عن ظهارى" فاشتراه ناويا عن كفارة يمينه

٧٥٩١:- راجع إلى تخريج المسألة برقم: ٧٥٨٩.

كان عن اليمين. **م :** وإذا أعتق عبدا على جعل بنية الكفارة لم يجز عن الكفارة، وإن أسقط الجعل. ويجوز إعتاق الآبق إذا علم أنه حى.

٧٥٩٢:- وفى المنتقى: ولو أعتق نصف عبد مشترك بينه وبين غيره عن ظهاره، ثم أدى الضمان وأعتق الباقى عن ذلك الظهار لم يجز فى قول أبى حينفة' وعندهما يجوز إذا كان موسرا، وإذا كان معسر لايجوز عن الكفارة بالاتفاق، كذا فى السغناقى' **وفى الزاد:** وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم أعتق باقيه عنها جاز، وهذا استحسان، والقياس أن لايجزيه عند أبى حينفة.

٧٥٩٣:- م : ولو أعتق عبدا عن ظهاره عن امرأتين، **وفى الهداية:** أو صام شهرين، أجزاه أن يجعله عن إحداهما عند علمائنا الثلاثة، **وفى الولوالجية:** ويجامع تلك المرأة، **وفى شرح الطحاوى:** ولو أعتق نصف رقبة وصام شهرا ، أو صام شهرا وأطعم ثلاثين مسكينا لايجوز عن كفارة ظهاره.

٧٥٩٤:- م : وإذا وجب عليه كفارتان، أو ثلاثة عن الظهار فأعتق ثلاث رقبات ينوى عند إعتاق كل رقبة أن يكون عن الكفارة ولم ينو رقبة بعينها عن كفارة بعينها جاز عند علمائنا الثلاثة. **وفى الهداية:** وكذا إذا صام أربعة أشهر، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا، جاز، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما، وقال زفر: لايجزيه عن أحدهما فى الفصلين، وقال الشافعى: له أن يجعل عن أحدهما فى الفصلين.

٧٥٩٥:- م : ومن ملك رقبة لزمه العتق، وإن كان يحتاج إليها، وكذلك من ملك ثمن رقبة من النقدين، **وفى الينابيع:** ولو كان له خادم واحد، ولا مال له غيره إن كان له فضل فى كفاف مقدار ما يشترى به رقبة لايجزيه الصوم، **م :** ولا اعتبار بالمسكن وما فيه من الثياب التى لابد منها إنما يعتبر الفضل عنه، وعن أبى يوسف أنه قال : إنما يعتبر الفضل إذا بلغ نصابا، وعن محمد أنه قال: يحبس الذى يعمل۔ أى المحترف ۔ قوت يوم والذى لايعمل قوت شهر.

٧٥٩٦:- ولو قال لعبد "إن اشتريتك فأنت حر" ثم اشتراه ينوى كفارة الظهار لايجوز عن الظهار، ولو قال عند اليمين "عن كفارة ظهارى" جاز، ولو قال

تتعين[١] بالتعيين، ولا يعود وزنيا[٢] لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد[٣]، فصار[٤] كالجوزة بالجوزتين[٥]، بخلاف النقود[٦]، لأنها للثمنية خلقة. وبخلاف[٧] ما إذا كانا[٨] بغير أعيانهما[٩]، لأنه كالئ بالكالئ[١٠]،

أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما.

وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضا، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل، وأما إذا اصطلحا على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل، فكان جائزاً، وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر، لأنه ينافي قوله: إن الثمنية في حقهما ثبتت إلخ، ويمكن أن يقال: معناه إن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية. (ع)

(١) وتعود عروضاً.

(٢) قوله: "ولا يعود وزنيا" جواب إشكال، وهوأن يقال: إذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمناً، فيعود وزنيا، فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر، وذلك لا يجوز، فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، فقال: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية، والعدو هما في هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها، وما أعرضا عن اعتبار صفة العدو ليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمناً في حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض، فهو عددي وليس بثمن، فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. (كفاية)

(٣) قوله: "فساد العقد [وهما قصدا صحة العقد]" وفيه نظر لأنه مدعي الخصم، ولو ضم إلى ذلك، والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول: الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الربويات، والأول ممنوع، والثاني لا يفيد. (عناية)

(٤) بيان لانفكاك العد من الثمنية. (عناية)

(٥) حيث يجوز لانعدام المعيار فلا ربا.

(٦) قوله: "بخلاف النقود إلخ" جواب عن قول محمد كبيع الدرهم بالدرهمين، لأن النقود للثمنية خلقة، أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح، فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما. (عيني)

(٧) جواب عما قال محمد: كما إذا كانا بغير أعيانهما.

(٨) العوضان.

(٩) فإن ذلك لم يجز.

(١٠) قوله: "لأنه كالئ إلخ" أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع كالئ بكالئ» يعني ديناً بدين، رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية، والبزار في مسانيدهم، قال في الفائق: كلأ الدين كلأ تأخر فهو كالئ. (عيني)

قوله: "لأنه كالئ بالكالئ" قلت: روى من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج، فحديث ابن عمر رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية، ولفظ البزار: قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وعن كالئ بكالئ وعن بيع عاجل بآجل»، فالغرر أن تبيع ما ليس عندك، والكالئ بالكالئ دين بدين، والعاجل بالآجل أن يكون له مؤجل، فيتعجل عنها بخمس مائة. ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد بن حنبل، وقال: قيل لأحمد: فإن شعبة يروى عنه، قال: ما رأينا، قال ابن عدي: والضعف على حديثه بين، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار به، باللفظ الأول، وهو معلول.

ورواه الحاكم في "المستدرك"، والدارقطني في "سننه" عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، وقال: هو النسيئة بالنسيئة، قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وغلطه البيهقي، وقال: فيه موسى بن عبيدة الزهري. وأما حديث رافع بن خديج فرواه الطبراني في "معجمه": حدثنا أحمد بن عبد الله البزاز التستري، حدثنا محمد بن أبي يوسف المسكي، حدثنا محمد بن يعلى عن موسى بن

وقد نهى عنه*، وبخلاف[٢] ما إذا كان[٣] أحدهما[٤] بغير عينه، لأن الجنس بانفراده[٥] يحرم النسَاء. قال[٦]: ولا يجوز الحنطة بالدقيق ولا بالسويق، لأن المجانسة باقية من وجه[٧]، لأنهما من أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوٍ[٨] بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما[٩] فيه[١٠]، وتخلخل[١١] حبات الحنطة، فلا يجوز[١٢] وإن[١٣] كان كيلا بكيل.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق[١٤] متساويًا[١٥] كيلا[١٦] لتحقق الشرط[١٧]، وبيع

عبيدة عن عيسى بن سهل بن رافع ابن خديج عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ونهى أن يقول الرجل للرجل ابتع هذا بنقد واشتريته بنسيئة حتى يبتاعه وعن كالئ بكالئ ودين بدين»، انتهى. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٥ ص١٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وبخلاف [جواب عن القسمين الباقيين] إلخ" يعني إذا كان أحد العوضين في ما إذا باع فلسا بفلسين غير معين، وكان الآخر عينًا لا يجوز، لأن جنس العوضين متحد، والجنس بانفراده مع قطع النظر عن الكيل والوزن يحرم النسَاء، وههنا يلزم النسَاء، لأنه إذا لم يكن أحدهما بعينه لم يتصور قبضه في الحال، فيحتاج إلى النسَاء، فصار كما إذا باع ما لم يكن كيليا ولا وزنيا عاجلا بآجل مع اتحاد الجنس، فإنه لا يجوز، بخلاف المتنازع فيه، وهو ما إذا كان كل من العوضين معينًا يشار إليه، فإنه لا يفضى إلى النسَاء، ولا إلى فساد آخر. (مولوى محمد عبد الحي رحمه الله تعالى)

(٣) فإنه لم يجز.

(٤) أي العوضين.[أي الفلس والفلسين].

(٥) بدون الكيل والوزن.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "باقية من وجه" لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئًا آخر، وزائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير، وقد زال الاسم وهو ظاهر، وتبدلت الصورة، واختلفت المعاني والمنافع، وكانت الحرمة للفضل ثابتة قبل الطحن، وقد بقيت المجانسة من وجه، فلا يزول تلك الحرمة بالشك، فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق، ولم يوجد لأن الكيل لا يسوى بينهما، فلذلك لم يجز البيع أصلا، أي لا متساويا ولا متفاضلا بالكيل، ولا بغيره لشبهة الفضل. (مل)

(٨) قوله: "لكن الكيل إلخ" فإن قيل: الحرمة في الربا حرمة موقتة إلى غاية وجود المساواة، فلو يثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي أبدا، فحينئذٍ كان على خلاف ما اقتضاه النص في الأصل، وهو قوله عليه السلام: «لا تبيعوا بالبر إلا متساويا»، وهذا فرع ذلك، فيجب أن يكون على وفاق الأصل.

قلنا: الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل، فإن تلك الحرمة تنتهي بالمساواة، وأما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير موقتة، ألا ترى أن حرمة النسَاء حرمة بشبهة الفضل لا تنتهي إلى غاية ولا تنتهي بالمسوى بل تبقى إلى أن يبقى النسَاء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة. (ك)

(٩) اكتناز پر شدن هر چه باشد. (من)

(١٠) الكيل فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة.

(١١) جدا شدن أجزاى چيزى از يكديگر. (غث)

(١٢) لعدم التساوي مع جنسية العوضين.

(١٣) الواو متصلة.

الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويًا، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية(١)، ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة(٢) من وجه، وعندهما يجوز(٣) لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود(٤).

قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما(٥)، ولا يبالي بفوات البعض(٦) كالمقلية مع غير المقلية(٧)، والعلكة(٨) بالمسوسة.

قال: ويجوز بيع اللحم بالحيوان(٩) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه(١٠) لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر(١١)، ليكون

---

(١٤) قوله: "ويجوز إلخ" وعند الشافعي لا يجوز، لأنه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل، إذ هو ينكبس، قلنا: المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت، فبيان المجانسة ظاهر، وأما بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا، ولهذا جاز السلم كيلا، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في "الذخيرة". (كفاية)

(١٥) حال.

(١٦) تمييز.

(١٧) هو وجود المسوى. (عناية)

(١) أي بالحنطة المقلية، أي المشوية.

(٢) قوله: "لقيام المجانسة" إذ السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال، فكذا بيع الدقيق بالسويق، ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق، ولا بيع الحنطة بالسويق، فكذا بيع أجزائهما بل هذا أولى لتوفر المجانسة ههنا. (ك)

(٣) كيف ما كان متساويا أو متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد. (ن)

(٤) قوله: "لاختلاف المقصود" لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والأطرية، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق إنما يلت بالسمن أو العسل فيوكل. (ن)

(٥) الدقيق والسويق.

(٦) أي بعض المنافع.

(٧) قوله: "كالمقلية مع غير المقلية" والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة، وذا لا يوجب اختلاف الجنس، فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المسوى بينهما، فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قليت رطبة أو ضمور إذا قليت يابسة.

وهذا التفاوت معتبر لأنه بصنع العباد، بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة، لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه، وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوى بينهما حنطة علكة، أي يتلزج كالعلكة من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة، بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة، وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام. (ك)

(٨) أي الجيدة يقال: طعام علك أي متين المضغة.

(٩) الحي.

(١٠) قوله: "بلحم من جنسه" بأن باع لحم الشاة، ولو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة، وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجيء في اللحمان المختلفة. (نهاية)

(١١) مما في الحيوان.

اللحم[1] بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقى بمقابلة السقط[2]، إذ لو لم يكن كذلك[3] يتحقق الربا من حيث زيادة السقط[4]، أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل[5] بالسمسم[6]. ولهما: أنه باع الموزون بما ليس بموزون[7]، لأن الحيوان لا يوزن عادةً، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه يخفف نفسه[8] مرة[9]، ويثقل أخرى[10]، بخلاف تلك المسألة[11]، لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن[12] إذا ميز بينه وبين الثجير[13]، ويوزن الثجير. قال[14]: ويجوز بيع الرطب[15] بالتمر[16] مثلا بمثل[17] عند أبى حنيفة، وقالا: لا يجوز؛ لقوله عليه السلام[18] حين سئل عنه[19]:

---

(١) المفرز.

(٢) قوله: "السقط" [هو غير اللحم كالجلد والأمعاء والكرش والطحال] سقط المتاع زوالة وأراد به ههنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة سقط بالتحريك هيچ كاره از هر چيز. (من)

(٣) أى أكثر بل مساويًا أو أقل.

(٤) قوله: "من حيث زيادة السقط" هذا إذا كان اللحم المفرز مثل اللحم الذى فى الحيوان، أو من حيث زيادة اللحم والسقط هذا إذا كان اللحم المفرز أقل من اللحم الذى فى الحيوان، وإنما لم يقل الشارح المحقق فى الشق الثانى: والسقط لاكتفاء زيادة اللحم فى ثبوت الربا. وفى "الكفاية": من حيث زيادة السقط بأن قوبل اللحم باللحم، أو من حيث زيادة اللحم، بأن قوبل اللحم بالسقط، انتهى، وعليك التدرب. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) قوله: "فصار كالحل [بالفتح وتشديد اللام روغن كنجد. م] إلخ" أى كبيع دهن السمسم بالسمسم فإنه لا يصح إلا إذا كان الحل أكثر من الحل الذى فى السمسم، والحل دهن السمسم غير مطيب. (مل)

(٦) بكسر هر دوسين كنجد. (م)

(٧) قوله: "باع الموزون بما ليس بموزون" فهما جنسان، قيل إذا اختلف الجنسان ،لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة، وليس كذلك، وأجيب بأن النسيئة إذا كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان، وإن كان فى البدل الآخر فهو سلم فى اللحم، وكلاهما لا يجوز. (ع)

(٨) لصلابته. (ك)

(٩) فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت.

(١٠) قوله: "ويثقل أخرى" لا سترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصلة أثقل من الحى والنسَاء لاسترخاءهن أثقل من الرجال لصلابتهم. (ك)

قوله: "ويثقل" إثقال گران كردن بوزن، وگران شدن، وگرانبار شدن، وگرانبار كردن. (م)

(١١) أى بيع الحل بالسمسم. (ك)

(١٢) قوله: "يعرف إلخ" فيكون حينئذٍ بيع الموزون بموزون من جنسه، فلا يجوز إلا مع التساوى، وذلك مجهول، والنهى عن بيع اللحم بالحيوان فيما إذا كان أحدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به فى رواية، وبه نقول. (ك)

(١٣) قوله: "وبين الثجير [هو ثقل كل شىء يعصر. نهاية]" ثجير كأمير كنجاره كه ثقل باشد. (من)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) خرماى پخته تر.

(١٦) خرماى پخته خشک.

«أو ينقص[1] إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذاً[2]» *، وله: أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي[3] إليه رطبًا: «أو كل تمر خيبر[4]» **، هكذا

---

(١٧) وأما متفاضلا فلا يجوز إجماعًا.

(١٨) رواه مالك فى "الموطأ".

(١٩) أى عن بيع الرطب تمرًا.

(١) الرطب.

(٢) قوله: "لا إذا" أى لا يجوز على ذلك التقدير، أى تقدير النقصان بالجفاف، ثم فى قوله: أو ينقص إذا جف، إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الأحوال، وهو بعد الجفاف، ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل فى الحال. (نهاية)

قوله: "لا إذا" قلت: رواه مالك فى "الموطأ" عن عبد الله بن يزيد عن زيد بن عياش عن سعد ابن أبى وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال: سعد أيهما أفضل قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال عليه السلام: أينقص الرطب إذا جف؟ قال: نعم، فنهاه عن ذلك.

ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "المستدرك"، ولفظهما أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أ ينقص الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذن، قال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم لكل ما يرويه فى الحديث إذ لم يوجد فى رواياته إلا الصحيح خصوصا فى حديث أهل المدينة، والشيخان لم يخرجاه لما خشيا من جهالة زيد بن عياش. وقد تابع مالكًا فى رواية عن عبد الله بن يزيد إسماعيل بن أمية، ويحيى بن أبى كثير، ثم أخرج حديثهما، وسكت عنهما، قال الخطابى: وقد تكلم بعض الناس فى إسناد هذا الحديث وقال: زيد بن عياش مجهول، ومثل هذا الإسناد على رأى الشافعى لا يحتج به، وليس الأمر كما توهمه، فإن زيداً هذا من بنى زهرة معروف، وقد ذكره مالك فى "الموطأ"، وهو لا يروى عن مجهول، ولا عن رجل متروك الحديث، وهذا من شان مالك وعادته، انتهى. وقال المنذرى فى "مختصره": قد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد بن عياش مجهول، وكيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد، مولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبى أنيس، وهما مما احتج به مسلم فى "صحيحه"، وقد عرفه أئمة هذا الشان، فالإمام مالك قد أخرج حديثه، وكذلك الحاكم فى المستدرك، وقد ذكره مسلم فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره النسائى فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره الحافظ ابن أحمد، وذكروا أنه سمع من سعد بن أبى وقاص، وما علمت أحداً ضعفه. وقال ابن الجوزى فى التحقيق: قال أبو حنيفة: زيد بن عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما قاله المنذرى سواء، واعلم أن شيخنا علاء الدين نسب المصنف إلى الوهم فى قوله: ومداره على زيد بن عياش، قال: إنما هو زيد أبو عياش كما هو فى الحديث، و شيخنا قلد غيره فى ذلك، وليس ذلك بصحيح، قال صاحب "التنقيح": زيد بن عياش أبو عياش المخزومى، ويقال: مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس، وقال ابن حزم: مجهول. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٦ص١٥٧. (نعيم)

(٣) أى عامل خيبر.

(٤) قوله: "أو كل تمر خيبر إلخ" قلت أخرج البخارى ومسلم عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى أن النبى ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى، فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا، والله يا رسول الله! إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، انتهى، وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه: فلم أجد فيه ذكر الرطب. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٧ص١٥٨. (نعيم)

سماه تمرًا(١)، وبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا(٢)، ولأنه لو كان تمرًا(٣) جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر(٤) فبآخره(٥)، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»*، ومدار ما روياه(٦) على زيد بن عياش، وهو ضعيف(٧) عند النقلة(٨).

قال: وكذلك(٩) العنب(١٠) بالزبيب(١١)، يعني على هذا الخلاف(١٢)، والوجه ما بيناه(١٣)، وقيل: لا يجوز بالاتفاق(١٤) اعتبارًا(١٥) بالحنطة المقلية(١٦) بغير المقلية،

---

(١) قوله: "سماه [أي النبي ﷺ] تمرًا" فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغي أن يحنث فيما إذا حلف لا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا، قلنا: مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف الرطب غير التمر. (ك)

(٢) من قوله عليه السلام: «التمر بالتمر مثلا مثلا».

(٣) قوله: "ولأنه لو كان إلخ" ذكر في "المبسوط": ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر، فقال: الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام: التمر بالتمر، وإن لم يكن تمرًا جاز العقد أيضًا لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك: كيف يقال: أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. (ك)

(٤) قوله: "وإن كان إلخ" فإن قيل: فبالنظر إلى هذا الترديد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، لأن المقلية لاتخلو إما إن كانت حنطة، أو لم تكن، فإن كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام: الحنطة بالحنطة، وإن لم تكن حنطة يجوز أيضًا، لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم.

قلنا: هذا جواب جدلي لأجل دفع الخصم، أما الجواب لأبي حنيفة عن قوله: أو ينقص إذا جف، فإطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب. (ك)

(٥) الحديث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٩٧ ص١٥٨. (نعيم)

(٦) الصاحبان.

(٧) قوله: "وهو ضعيف إلخ" وتأويل الحديث إن صح أن السائل كان وصيًا ليتيم فلم يرَ رسول الله ﷺ في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند [illegible]، فمنع الوصي منه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد، كذا في "المبسوط"، ولأن الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نَسَاء كذا روى أبو داود في "سننه"، وبه نقول. (كفاية)

(٨) أي نقلة الحديث وأصحابه.

(٩) قوله: "وكذلك" أي يجوز عند أبي حنيفة إذا تساويا كيلا، ولا يجوز عندهما تساويا أو تفاضلا.

(١٠) انگور تر.

(١١) انگور خشک.

(١٢) قوله: "على هذا الخلاف" ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة. (عناية)

(١٣) قوله: "والوجه ما بيناه" أي الوجه في بيع العنب بالزبيب ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنسًا واحدًا جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلا كيلا، وإن كانا جنسين جاز أيضًا. (عيني)

(١٤) قوله: "بالاتفاق" والفرق لأبي حنيفة بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النص ورد بإطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام: أو كل تمر خيبر هكذا، ولم يرد بإطلاق اسم الزبيب على

والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا[١] عندنا[٢]؛ لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا[٣] بيع[٤] الحنطة الرطبة[٥]، أو المبلولة[٦] بمثلها أو باليابسة. أو التمر أوالزبيب المنقع[٧] بالمنقع منهما متماثلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد[٨]: لا يجوز جميع ذلك[٩]، لأنه يعتبر[١٠] المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل[١١]، وأبو حنيفة يعتبر[١٢] فى الحال، وكذا أبو يوسف عملا بإطلاق الحديث[١٣]، إلا أنه ترك هذا الأصل[١٤] فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه[١٥] لهما[١٦].

ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول[١٧] وبين الرطب بالرطب[١٨]: أن التفاوت

العنب. (ك)

(١٥) قياسًا.

(١٦) مشوية.

(١) أى من حيث الكيل. (ع)

(٢) قوله: "عندنا" خلافا للشافعى لأنه ربا يتفاوت فى أعدل الأحوال أعنى عند الجفوف، فلا يجوز كالحنطة مع الدقيق. (عناية)

(٣) أى يجوز.

(٤) قوله: "بيع الحنطة الرطبة إلخ" أى بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، والحنطة الرطبة بالمبلولة أو باليابسة.

(٥) پخته تر.

(٦) بالماء.

(٧) قوله: "المنقع" -بالفتح مخففًا- لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية، ونقعه ألقاه فيها ليبتل، ويخرج منه الحلاوة، والمنقع من التنقيع لم يورد فى الكتب المتداولة فى اللغة. (نهاية)

(٨) قوله: "وقال محمد إلخ" قال شمس الأئمة الحلوانى: إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لايجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا، كذا فى "المحيط" و "الذخيرة". (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: وكذا بيع إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه يعتبر المساواة إلخ" ولم يوجد المساواة فى المآل إذ بالجفاف ينتقص الرطبة. (مل)

(١١) وهو حال الجفاف.

(١٢) المساواة.

(١٣) المشهورة فى باب المساواة.

(١٤) أى المساواة فى الحال.

(١٥) وهو قوله عليه السلام: لا إذا. (ن)

(١٦) صاحبين.

(١٧) قوله: "هذه" أى بيع الحنطة الرطبة أوالمبلولة إلخ. (ك)

(١٨) حيث يجوز عنده.

فيها[١] يظهر[٢] مع بقاء البدلين[٣] على الاسم[٤] الذى عقد عليه العقد، وفى الرطب بالتمر[٥] مع بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتًا فى عين المعقود عليه، وفى الرطب بالرطب التفاوت[٦] بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يعتبر[٧]. ولو باع البسر[٨] بالتمر متفاضلا[٩] لا يجوز، لأن البسر تمر[١٠]، بخلاف[١١] الكفرى[١٢] حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد، لأنه ليس بتمر[١٣] فإن هذا الاسم[١٤] له[١٥] من أول ما تنعقد صورته لا قبله[١٦]، والكفرى عددى[١٧] متفاوت[١٨] حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة[١٩].

---

(١) قوله: "أن التفاوت إلخ" حاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين، أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه فى المعقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد من البدلين، فليس بمفسد إذ لم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يكون معتبرا. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذاكان العقد واردا على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهى لا تتبدل. (ع)

(٢) فى المال بعد الجفاف.

(٣) فوجد التغير فى المعقود عليه، فلا يجوز.

(٤) أى اسم الحنطة والزبيب والتمر.

(٥) قوله: "وفى الرطب بالتمر إلخ" يعنى فى الرطب بالتمر يظهر التفاوت فى المآل بعد الجفاف مع بقاء أحد البدلين أعنى التمر على ذلك أى على الاسم الذى وقع عليه العقد، فصار كأنه تفاوت فى عين المعقود عليه، وهو مفسد للعقد. (مل)

(٦) قوله: "التفاوت" أى يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد. (ك)

(٧) فيصح العقد.

(٨) قوله: "البسر" بسر بالضم غوره خرما، ويضم السين، وآنچه از شكوفه خرما أول ظاهر شود آن را طلع خوانند، وچوں بسته گردد سياب گويند، وهر گاه سبز وگرد گردد جدال، وچوں اند كے كلان گردد آنرا بغو خوانند، چون ازان كلان شود بسر ست بعد ازان مخظم، بعد ازان موكت بعد ازان تذنوب بعد ازان خمسبه بعد ازان خالع وچون پختگى آن بانتهاء سد رطب نامند، وبعد ازان تمر. (من)

(٩) ومتساويًا كيلا يدًا بيد يجوز إجماعًا. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن البسر تمر" لأن التمر اسم الثمرة النخل من أول ما ينعقد صورتها. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف الكفرى" هوكم النخل واشتقاقه من الكفر، وهو الستر سمى به لأنه يستر ما فى جوفه من التمر. (ب)

(١٢) قوله: "الكفرى [غنچه خرما وهو أول ما يشق عنه النخل]" كفرى -بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً-. (ف)

(١٣) لأنه لم ينعقد بعد فى صورة التمر. (ف)

(١٤) أى اسم التمر. (ك)

(١٥) أى للبسر. (ن)

(١٦) فإن قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى. (ك) أى قبل الانعقاد.

(١٧) قوله: "الكفرى عددى إلخ" هذا جواب عما يقال: الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز

قال[١]: ولا يجوز بيع الزيتون[٢] بالزيت، والسمسم بالشيرج[٣] حتى يكون الزيت والشيرج أكثر[٤] مما في الزيتون والسمسم، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير؛ لأن عند ذلك[٥] يعرى[٦] عن الربا إذ ما فيه[٧] من الدهن[٨] موزون[٩]، وهذا[١٠] لأن ما فيه لو كان أكثر[١١]، أو مساويًا له فالثجير[١٢] وبعض الدهن أو الثجير وحده[١٣] فضل[١٤]، ولو لم يعلم[١٥] مقدار ما فيه لا يجوز[١٦] لاحتمال الربا، والشبهة فيه[١٧] كالحقيقة[١٨]، والجوز[١٩] بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره،

الإسلام في الكفرى إذا جعل التمر رأس المال، فأجاب بأن الكفرى عددى متفاوت، فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة. (ك)

(١٨) صغراً وكبراً.

(١٩) لأن عددى متفاوت.

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) قوله: "الزيتون [أى ثمرة الزيتون. نهاية]" وفى "المغرب": الزيتون من العصارة، ويقال لثمرة الزيتون أيضًا، ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضًا، وهو تعريب شيرة. (ك)

(٣) المراد به ههنا ما يتخذ من السمسم.

(٤) أى من الدهن الذى فى إلخ.

(٥) أى مقابلة الدهن بالدهن، ومقابلة الزائد بالثجير.

(٦) عقد.

(٧) أى فى الزيتون أو السمسم.

(٨) بيان ما.

(٩) قوله: "موزون" فإن قيل: ينبغى أن يجوز بيع الدهن بالسمسم بأى وجه كان، لأن الدهن وزنى، والسمسم كيلى، قلنا: المقصود من السمسم ما فيه، وهو الدهن، فكان حينئذٍ بيع الجنس بالجنس.
فإن قيل: لما كان فى السمسم الثجير أيضًا مقصوداً حتى جعل بمقابلته شيء من الدهن ينبغى أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفًا لكل واحد إلى خلاف الجنس كما فى كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير، قلنا: ذلك الصرف إنما يصح فى المنفصل خلقة. (نهاية)

(١٠) أى شرط الزيادة.

(١١) من الدهن الخارجى.

(١٢) ينصرف إلى لو كان أكثر. (ن)

(١٣) ينصرف إلى متساويًا. (ن)

(١٤) وهو ربا.

(١٥) أى لا يدرى أن وزن الدهن الخالص مثله أو أقل أو أكثر.

(١٦) قوله: "لا يجوز" فإن قلت: إن الأصل فى البيع الجواز، فلا يترك الأصل بالشك، قلنا: الفساد بالوجهين، وهو ما إذا كان الدهن الخالص مثلاً أو أقل، والحكم للغالب. (مل)

(١٧) الربا.

(١٨) قوله: "كالحقيقة" ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما، لأن اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود، وإنما

والتمر بدبسه[١] على هذا الاعتبار[٢]، واختلفوا في القطن[٣] بغزله[٤]، والكرباس[٥] بالقطن يجوز[٦] كيف ما كان[٧] بالإجماع.

قال[٨]: ويجوز[٩] بيع اللحمان المختلفة[١٠] بعضها ببعض متفاضلا، ومراده لحم الإبل والبقر، والغنم، فأما البقر والجواميس جنس واحد[١١]، وكذا[١٢] المعز[١٣] مع الضأن[١٤]، وكذا[١٥] العراب[١٦] مع البخاتي[١٧].

المقصود الدر والنسل، والإسامة، وإنما يعتبر المجانسة بما في الضمن إذا كان مقصوداً كما في الزيت بالزيتون، والسمسم بالشيرج، ألا ترى أن اللحم في الحيوان وإن كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً، حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها، وعرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكماً، فلا يعتبر قبله. (ك)

(١٩) اخروث.

(١) قوله: "بدبسه [دبس بكسر وبكسرتين دو شاب خرما. من]" دبس بمعنى دوشاب يعني شيره أنگور. (غب)

(٢) قوله: "على هذا الاعتبار" بيانه أنه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز، والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب، والدبس الخالص أكثر مما في التمر جاز وإلا فلا. (عيني)

(٣) قوله: "في القطن [پنبه] إلخ" أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً، قال بعضهم: يجوز لأن أصلهما واحد، وكلاهما موزون، وقال بعضهم لا يجوز، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص إذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق. (عيني)

(٤) بالفتح رشتة.

(٥) كقرطاس جامه پنه سفيد. (من)

(٦) قوله: "يجوز إلخ" لاختلافهما من كل وجه، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر، وهذا يخالف ما روى عن محمد: أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً، كذا في "العناية". (مل)

(٧) أي سواء كان القطن أكثر مما في الكرباس من القطن، أو أقل، أو متساوياً. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ويجوز إلخ" وقال الشافعي: لا يجوز لأن المقصود من اللحم التغذي والتقوى، واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف، ونحن نقول: اللحم فرع أصول مختلفة، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة، والاتحاد في التغذي اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "المختلفة" كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر، والجواميس، والبخاتي، والعراب، والمعز، والضأن، وكل ما لا يكمل به نصاباً لآخر، فهو يوصف بالاختلاف كالبقر، والغنم، والإبل. (عناية)

(١١) فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا. (نهاية)

(١٢) أي جنس واحد.

(١٣) بز.

(١٤) ميش.

(١٥) أي جنس واحد.

(١٦) شتران عربي گرامي نژاد.

(١٧) قوله: "مع البخاتي [منسوب إلى بخت نصر، فإنه أول من جمع بين العربي والعجمي]" بختي شتر قوي

قال[١]: وكذلك[٢] ألبان البقر والغنم، وعن الشافعي لا يجوز لأنها[٣] جنس واحد لاتحاد[٤] المقصود[٥]. ولنا: أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل[٦] نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاءها[٧] إذا لم تتبدل بالصنعة[٨].

قال[٩]: وكذا[١٠] خل[١١] الدقل[١٢] بخل العنب[١٣]؛ للاختلاف بين أصليهما[١٤]، فكذا بين ماءهما، ولهذا[١٥] كان[١٦] عصيراهما جنسين، وشعر المعز وصوف الغنم[١٧] جنسان[١٨] لاختلاف المقاصد[١٩].

دراز گردن متولد از عربي وعجمي منسوب ست بسوى بخت نصر، بختية مؤنث آن، بخت -بالضم- وبخاتي -بالتشديد- جمع. (من)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى يصح متفاضلا.

(٣) الألبان.

(٤) قوله: "لاتحاد" قلت: لم يتحد المقصود أيضًا فإن السمن يحصل بلبن البقر دون الإبل. (نهاية)

(٥) التغذى والتقوى.

(٦) فإن نصاب البقرة لا يكمل بالإبل والغنم.

(٧) قوله: "فكذا أجزاءها" حتى لايجوز فى الألبان التى اتحد أصلها كألبان الشاة بعضها ببعض، ولكن مع اختلاف الجنس الألبان واللحوم كلها موزونة، فلذلك لا يجوز نسيئة، وأما بيع لحم الطيور بعضها ببعض فيجوز متفاضلا مع اتحاد الجنس، فإنه ليس بوزنى عادةً ولا كيلى، فلم يتناوله القدر الشرعى، وفى مثله يجوز البيع متفاضلا. (مل)

(٨) قوله: "إذا لم يتبدل بالصنعة" قيل: معناه أن اختلاف جنس الأصول دليل اختلاف جنس الفروع إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن الأجزاء المختلفة إذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد، بأن اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا، وفى مسألتنا لم تتبدل بالصنعة، فيكون الأجزاء مختلفة كأصولها. (ك)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

(١١) قوله: "خل الدقل إلخ" الدقل أردأ التمر، ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مخرج العادة. (عناية)

(١٢) قوله: "الدقل" دقل محركة خرمائى كه اورا اسمى بخصوص، واز أنواع مشهورة نباشد. (من)

(١٣) انگور تر.

(١٤) دقل وعنب.

(١٥) أى للاختلاف بين مائيهما.

(١٦) بالإجماع.

(١٧) ميش.

(١٨) وإن لم يتبدل الأصل والصنعة. (ك)

(١٩) قوله: "لاختلاف إلخ" فإن قيل: يجب أن يكون جنسًا واحدًا لأن المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما فى حق الألبان، وفى حق تكميل النصاب.

قال: وكذا[(١)] شحم البطن بالألية[(٢)] أو باللحم، لأنها أجناس مختلفة، لاختلاف الصور[(٣)]، والمعاني، والمنافع اختلافًا فاحشًا.

قال[(٤)]: ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا[(٥)]؛ لأن الخبز صار عدديًا[(٦)]، أو موزونًا[(٧)]، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه، والحنطة مكيلة[(٨)]. وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه[(٩)]، والفتوى على الأول، وهذا[(١٠)] إذا كانا نقدين، فإن كانت الحنطة[(١١)] نسيئة جاز أيضًا[(١٢)]، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف[(١٣)]، وعليه[(١٤)] الفتوى. وكذا السلم في الخبز جائز[(١٥)] في الصحيح[(١٦)]، ولا خير في استقراضه[(١٧)] عددًا أو وزنًا عند أبي حنيفة؛ لأنه يتفاوت بالخبز[(١٨)] والخباز

قلنا: نعم، كذلك إلا أن المقاصد فيهما قد اختلفت، فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللبود واللفافة إنما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز، فصار السبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين. (ك)

(١) أي جاز البيع متفاضلا.

(٢) پيه وگوشت سرين. (من)

(٣) قوله: "لاختلاف الصور إلخ" أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء، وأما اختلاف المعاني، فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ، وهما مختلفان لا محالة، وأما اختلاف المنافع فكًا، فله الطب. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) يدًا بيد، وعليه الفتوى. (ع)

(٦) كما عند محمد. (نهاية)

(٧) كما عند أبي يوسف. (نهاية)

(٨) بالنص، وكذا الدقيق فإنه جزءها.

(٩) قوله: "لا خير فيه [أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق]" أي لا يجوز على وجه المبالغة لأنه نكرة في موضع النفي، فتعم جميع جهات الخيرية. (ك)

(١٠) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو الدقيق.

(١١) أو الدقيق.

(١٢) قوله: "جاز أيضًا" لأنه أسلم موزونًا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره. (ع)

(١٣) لأنه أسلم في موزون. (عناية)

(١٤) أي على قوله أبي يوسف.

(١٥) قوله: "جائز [وزنًا]" لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض. (عناية)

(١٦) قوله: "في الصحيح" احترز به عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز، ويكون منه الثقيل والخفيف، وأبو يوسف يقول: الخبز موزون عادة، والسلم في الموزونات وزنًا يجوز إذا أتى بشرائط السلم. (مل)

(١٧) الخبز.

والتنور[١]، والتقدم والتأخر[٢]، وعند محمد يجوز[٣] بهما[٤] للتعامل، وعند أبي يوسف يجوز[٥] وزنًا[٦]، ولا يجوز عددًا المتفاوت في آحاده.

قال[٧]: ولا ربا بين المولى وعبده؛ لأن العبد وما في يده ملك لمولاه، فلا يتحقق الربا، وهذا[٨] إذا كان مأذونًا[٩] له[١٠]، ولم يكن عليه دين[١١]، وإن كان عليه دين لا يجوز[١٢] بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة، وعندهما تعلق به حق الغرماء، فصار كالأجنبي[١٣]، فيتحقق الربا كما يتحقق[١٤] بينه وبين مكاتبه[١٥]. قال[١٦]: ولا بين المسلم[١٧] والحربي في دار الحرب، خلافًا لأبي يوسف والشافعي، لهما: الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا[١٨]، ولنا: قوله

---

(١٨) قوله: "لأنه يتفاوت بالخبز" بالفتح من حيث الطول والعرض، والغلظ والرقة، والخباز لأن الخباز إذا كان حاذقًا في هذه الباب يجيء خبزه أحسن كون، وإلا فلا، والتنور، لأنه إذا كان جديدا يجيء خبزه جيدا، بخلاف ما إذا كان عتيقًا، وبحسب قوة نار التنور وضعفها، فإن نار التنور إذا كانت قوية يحترق وجه الخبز، ولا ينضج لبابه، وإذا كانت ضعيفة لا ينجبر جيدًا، بل ينبغي أن يكون النار معتدلة، والتقدم والتأخر، أي بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره في آخر التنور، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك، وفي أوله لا ينضج كما ينبغي. (مل)

(١) بتشديد نون تنور نان پختن. (ك)

(٢) يعني قول أبي يوسف.

(٣) الاستقراض.

(٤) أي بالعدد والوزن.

(٥) الاستقراض.

(٦) وبه يفتى. (غرر)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا إذا كان [أي عدم كون الربا] إلخ" لأنه حينئذ لا يتحقق البيع، فلا يتصور الربا. (ك)

(٩) في التجارة.

(١٠) مولى.

(١١) يحيط برقبته. (ع)

(١٢) أي البيع بالتفاضل.

(١٣) من المولى.

(١٤) الربا.

(١٥) لأن المكاتب كالحر الأجنبي.

(١٦) أي القدوري.

(١٧) الذي دخل دار الحرب بأمان.

(١٨) قوله: "لهما الاعتبار [القياس] بالمستأمن إلخ" أي يتحقق الربا بين المسلم والحربي الذي دخل دارنا بأمان في دارنا، فكذلك في دارهم، والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بالعقد. (نهاية)

عليه السلام*: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب[١]»، ولأن مالهم[٢] مباح[٣] في دارهم، فبأي طريق[٤] أخذه المسلم أخذ مالا مباحًا إذا لم يكن فيه غدر[٥]، بخلاف المستأمن[٦] منهم، لأن ماله صار محظوراً[٧] بعقد الأمان.

باب الحقوق[٨]

ومن اشترى منزلا[٩] فوقه منزل فليس له[١٠] الأعلى إلا أن يشتريه[١١] بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق[١٢] هو له لم يكن له الأعلى[١٣]، ومن اشترى دارًا بحدودها[١٤] فله العلو[١٥] والكنيف[١٦] جمع[١٧] بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم[١٨] العلو، لأنه اسم

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٨ ص١٥٨. (نعيم)

(١) قوله: "لا ربا إلخ" قلت: غريب، وأسند البيهقي في "المعرفة" في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة: هذا؛ لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه، انتهى كلامه. (ت)

(٢) أهل الحرب.

(٣) غير معصوم بالإباحة الأصلية.

(٤) من البيع والقمار.

(٥) لأن الغدر حرام.

(٦) جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي.

(٧) أي ممنوعًا أخذه.

(٨) الحقوق توابع، فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع. (عناية)

(٩) قوله: "منزلا" المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف، ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، والبيت اسم لمسقف واحد، له دهليز، والدار اسم لما يشتمل على بيوت، ومنازل، وصحن غير مسقف، فكانت الدار أعم من أختيها، لاشتمالها عليهما، فاستتبعت العلو ذكر الحقوق أولا. (ك)

(١٠) أي لا يدخل في البيع المنزل الأعلى.

(١١) قوله: "إلا أن يشتريه" أي إلا أن يقول وقت الشراء: اشتريته بكل حق هو له، أي للمنزل، كالمسيل، والطريق الذي فيه حق الخروج والدخول، أو بمرافقه أي منافعه جمع مرفق، ومرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أي في المنزل مما ينتفع به كالميزاب، أو منه كالكنيف ونحوه، أي يدخل الأعلى بواحد من هذه الألفاظ الثلاثة. (مل)

(١٢) أو بعبارة أخرى من الثلث.

(١٣) البيت الأعلى.

(١٤) ولم يذكر شيئًا. (م)

(١٥) بلندى.

لما أدير عليه الحدود، والعلو من توابع الأصل وأجزاءه، فيدخل فيه[١].

والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعًا[٢] لمثله[٣]، فلا يدخل[٤] فيه إلا بالتنصيص[٥] عليه. والمنزل[٦] بين الدار والبيت[٧]، لأنه يتأتى فيه مرافق[٨] السكنى مع ضرب قصور، إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعًا عند ذكر التوابع[٩]، ولشبهه بالبيت لا يدخل[١٠] فيه بدونه[١١]، وقيل[١٢]: في عرفنا[١٣] يدخل العلوفي جميع ذلك، لأن كل مسكن[١٤] يسمى

---

(١٦) المستراح كنيف، -بالفتح- جاى خلا وطهارت. (ن)

(١٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٨) أي يشمله من غير نص باسمه الخاص ومن غياذكر الحقوق.

(١) العلو.

(٢) قوله: "لا يكون تبعًا إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا المستعير، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتب، فإن له أن يكاتب.

قلنا: المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد، بأن يكون اللفظ موضوعًا لشيء، فعند ذكر الشيء يدخل هو ومثله فإنه لا يصح بل ما كان تبعًا لذلك الشيء يدخل تبعًا للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصودًا.

وأما في الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ماهو مثله أيضًا، ولكن لما أعار لرجل فقد ملكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنما نشأت من تملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك؛ لأن المستعار أمانة في يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني، فمنع عنه حذرًا عن وقوع التغير به. وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله إلى مقصوده، وفي كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى مقصوده عسى. (ك)

(٣) لأن تبع الشيء يكون أدنى منه لا مثله.

(٤) العلو.

(٥) أي بذكره صريحًا.

(٦) ليس له صحن غير مسقف، ولا اصطبل الدواب. (رد المحتار)

(٧) أي فوق البيت وتحت الدار.

(٨) المنافع.

(٩) وهو قوله: بكل حق وأمثاله. (نهاية)

(١٠) العلو.

(١١) أي بدون ذكر التوابع.

(١٢) قوله: "وقيل في عرفنا إلخ" أي قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، أي سواء باع باسم البيت أو المنزل، أو الدار، لأن كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيرًا أو كبيرًا إلا دار السلطان، فإنه يسمى سرائے. (ك)

(١٣) أي عرف بخارا.

(١٤) وفي نسخة: بيت.

بالفارسية خانه، ولا يخلو[(١)] عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف، لأنه من توابعه[(٢)]. ولا يدخل[(٣)] الظلة[(٤)] إلا بذكر ما ذكرنا[(٥)] عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه[(٦)] مبني على هواء الطريق[(٧)]، فأخذ حكمه.

وعندهما إن كان مفتحه[(٨)] في الدار يدخل من غير ذكر شيء[(٩)] مما ذكرنا[(١٠)]، لأنه من توابعه[(١١)]، فشابه الكنيف[(١٢)]. قال[(١٣)]: ومن اشترى بيتًا في دار، أو منزلا، أو مسكنًا لم يكن[(١٤)] له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير، وكذا[(١٥)] الشرب[(١٦)] والمسيل[(١٧)]؛ لأنه[(١٨)] خارج الحدود[(١٩)]، إلا أنه من

---

(١) قوله: "ولا يخلو عن علو" وفيه نظر لأن الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل، ويقال: معناه إن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو، وأنه يدخل في عرفنا، فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكًا بالمعروف. (ع)

(٢) الدار.

(٣) قوله: "ولا يدخل الظلة إلخ" الظلة هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة، ومفتحه في الدار، وذكر في "المغرب": وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة [ايوان بالاى در] التي فوق الباب. (ك)

(٤) قوله: "الظلة [سائبان]" أي ولو خارجًا مبنيًا على الظلة لأنه يعد من الدار. (بحر)، وهو المستراح، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء النهر. (رد المحتار)

(٥) وهو قوله: بكل حق هو له إلخ. (ك)

(٦) الظلة.

(٧) والطريق لا يدخل إلا بذكر التوابع، فكذا الظلة.

(٨) راه ظلة.

(٩) أي بكل حق إلخ.

(١٠) يعني من العبارات المذكورة. (ع)

(١١) الدار.

(١٢) حيث يدخل من غير ذكر الحقوق والمرافق.

(١٣) أي محمد. (عيني)

(١٤) قوله: "لم يكن له الطريق" يعني الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة، وإلى طريق عام يدخل، وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء، أو حق إلقاء الثلج في ملك إنسان، فلا يدخل، كذا في "شرح الطحاوي رحمه الله".

وفي "الذخيرة": بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الأول. (ك)

(١٥) أي لا يدخل في بيع الأرض.

(١٦) بالكسر حصه آب. (م)

(١٧) مسيل جاى روان شدن آب. (م)

التوابع[1]، فيدخل بذكر التوابع[2]، بخلاف الإجارة[3]، لأنها[4] تعقد للانتفاع، ولا يتحقق[5] إلا به، إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة[6]، ولا يستأجره، فيدخل تحصيلا[7] للفائدة المطلوبه منه[8]، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه، لأن المشترى عادة يشتريه[9]، وقد يتجر فيه[10]، فيبيعه من غيره، فحصلت الفائدة.

باب الاستحقاق[11]

ومن اشترى جارية، فولدت[12] عنده فاستحقها رجل ببينة، فإنه يأخذها، وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها[13] ولدها، ووجه الفرق[14] أن البينة حجة[15] مطلقة، فإنها[16] كاسمها مبينة[17]، فيظهر بها ملكه[18] من الأصل والولد كان متصلا

(١٨) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل.

(١٩) أى حدود المبيع.

(١) لأنها إنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع.

(٢) وهو قوله: بكل حق إلخ (ع)

(٣) قوله: "بخلاف الإجارة" فإن الطريق يدخل فى استئجار الدور، والمسيل، والشرب فى استئجار الأراضى وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، لأن الإجارة تعقد لتمليك المنافع والانتفاع بالدار بدون الطريق، وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر إلخ. (ع)

(٤) قوله: "لأنها تعقد للانتفاع إلخ" ولذا لا يصح الإجارة فيما لا ينتفع به فى الحال كالأرض السبخة والبيع تمليك العين لا المنفعة، ولذا يجوز بيع الأرض السبخة ونحوها. (ن)

(٥) الانتفاع.

(٦) وكذا الشرب والمسيل.

(٧) ضرورة تصحيح العقد. (ك)

(٨) أى من الإجارة.

(٩) الدار

(١٠) أى فى شراءه.

(١١) قوله: "باب الاستحقاق [طلب الحق]" مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى. (نهاية)

(١٢) لا باستيلاده.

(١٣) قوله: "لم يتبعها ولدها" أى لا يأخذ المقر له الولد بل الأمة، وهذا إذا لم يذكر المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له، لأن الظاهر له، وإن لم يدعه لم يحكم له. (ن)

(١٤) بين البينة والإقرار.

(١٥) قوله: "حجة مطلقة" حتى تظهر فى حق كافة الناس، لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضى ولاية عامة، فيتعدى إلى الكل، وأما الإقرار فحجة قاصرة، لأنه لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقصر عليه، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع فى الإقرار. (ك)

(١٦) البينة.

بها، فيكون[١] له[٢]، أما الإقرار حجة قاصرة[٣] يثبت[٤] الملك[٥] فى المخبر به[٦] ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت[٧] بإثباته[٨] بعد الانفصال[٩]، فلا يكون الولد له[١٠]. ثم قيل: يدخل الولد[١١] فى القضاء بالأم تبعًا[١٢]، وقيل: يشترط القضاء[١٣] بالولد[١٤]، وإليه تشير المسائل[١٥]، فإن القاضى إذا لم يعلم بالزوائد[١٦]، قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد فى الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره[١٧] لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعًا. قال[١٨]: ومن اشترى عبداً[١٩] فإذا هو[٢٠] حر، وقد قال[٢١]

---

(١٧) المظهر.

(١٨) قوله: "فيظهر بنها [أى بالبينة] ملكه [الرجل] إلخ" فإن الملك لا بد له من زمان، وليس زمان بأولى بالتعين فيظهر الملك من الأصل أى من وقت الشراء لا فى الحال، لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ما لم يكن ثابتًا، والولد كان يوم الشراء متصلا بالأم فيأخذها. (مل)

(١) الولد.

(٢) الرجل.

(٣) لانعدام الولاية على الغير.

(٤) فى الحال.

(٥) للرجل.

(٦) أى الجارية.

(٧) الضرورة.

(٨) الملك.

(٩) قوله: "بعد الانفصال" أى فى الحال المنفصل فيه الولد عنها. (نهاية)

(١٠) الرجل.

(١١) فى الاستحقاق بالبينة.

(١٢) للأم.

(١٣) قوله: "يشترط القضاء" لأن الولد يوم القضاء أصل بنفسه، فلا بد له من الحكم مقصودًا. (ك)

(١٤) وهو الأصح. (ع)

(١٥) أى مسائل "المبسوط".

(١٦) وحكم بالأصل.

(١٧) أى غير المستحق له وهو غائب، فقضى بالأم.

(١٨) أى محمد. (عينى)

(١٩) أى شخصًا على ظن أنه عبد. (ك)

(٢٠) ببينة أقامها.

(٢١) حين البيع.

قرية لبيان الصفة[١] لا بأس به على ما قالوا كالخشمرانى[٢] ببخارا والبساخى[٣] بفرغانة. قال[٤]: ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط، جنس معلوم، كقولنا: حنطة أو شعير، ونوع معلوم، كقولنا: سقية[٥] أو بخسية، وصفة معلومة كقولنا: جيد أو ردىء، ومقدار معلوم، كقولنا: كذا كيلا[٦] بمكيال معروف[٧]، أو كذا وزنًا[٨]، وأجل معلوم، والأصل[٩] فيه ما روينا[١٠]، والفقه[١١] فيه ما بينا[١٢]. ومعرفة مقدار[١٣] رأس المال إذا كان يتعلق العقد[١٤] على مقداره كالمكيل والموزون، والمعدود، وتسمية المكان الذى يوفيه[١٥] فيه[١٦] إذا كان له حمل[١٧] ومؤنة[١٨].

---

(١) قوله: "لبيان الصفة" أى لبيان أن صفة تلك الحنطة التى هى المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان. (عينى)

(٢) أى الحنطة المنسوبة إلى الخشمران وهى قرية من قرى بخارا.

(٣) أى الحنطة المنسوبة إلى البساخ وهى قرية من قرى فرغانة.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "سقية [أى مسقية]" السقى ما يسقى سيحًا [أى بالماء الجارى. رد المحتار] فعيل بمعنى مفعول والبخسى بخلافه منسوب إلى البخس، وهى الأرض التى يسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. (ك)

(٦) أى عشرين كرًا.

(٧) أى معروف القدر. (ن)

(٨) أى عشرين منًا.

(٩) الدليل.

(١٠) أى قوله عليه السلام: من أسلم منكم إلخ. (ك)

(١١) الحكمة والسر.

(١٢) وهو قوله: ولأن الجهالة فيه مفضية إلخ. (ك)

(١٣) وإن كان يشار إليه.

(١٤) قوله: "إذا كان إلخ" احترز به عما إذا كان رأس المال ثوبًا، لأن الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان، ولا يشترط إعلامه، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فجهالة قدر الذرعان لا يؤدى إلى جهالة المسلم فيه، وههنا المسلم فيه بمقابلة المقدارات فيؤدى إلى جهالة المسلم فيه، فيفسد العقد. (ك)

(١٥) المسلم إليه

(١٦) المسلم فيه.

(١٧) قوله: "إذا كان له [أى للمسلم فيه] حمل [بارى كه برگردن بردارند. م]" -بفتح الحاء- مصدر حمل الشيء ومعناها ثقل يحتاج فى حمله إلى ظهر دابة و أجرة حمال. (مل)

وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينًا[١]، ولا إلى مكان[٢] التسليم[٣]، ويسلّمه[٤] في موضع العقد، فهاتان مسألتان[٥].

ولهما في الأولى[٦]: أن المقصود[٧] يحصل بالإشارة، فأشبه[٨] الثمن[٩] والأجرة[١٠]، وصار كالثوب[١١]، وله: أنه ربما يوجد[١٢] بعضها[١٣] زيوفًا، ولا يستبدل[١٤] في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي[١٥]، أو ربما لا يقدر[١٦] على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج[١٧] إلى رد رأس المال[١٨]، والموهوم[١٩] في هذا[٢٠]

---

(١٨) مؤنة –بالفتح– بار گراني وهي فعولة. (من)

(١) بالإشارة.

(٢) بيان.

(٣) أي تسليم المسلم فيه.

(٤) أي المسلمُ إليه المسلمَ فيه.

(٥) قوله: "فهاتان مسألتان" أي الاختلاف بينه وصاحبيه في هاتين المسألتين، وإنما قال هذا ليتبين أن كل واحدة تحتاج إلى إقامة الدليل من الطرفين بالاستبداد. (نهاية)

(٦) أي المسألة الأولى.

(٧) أي تسليم رأس المال.

(٨) قوله: "فأشبه الثمن إلخ" يعني إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع، أو الأجرة في الاستئجار، فأشار إليهما، ولا يعرف مقدارهما يجوز. (نهاية)

(٩) بأن يقول: اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدرها. (ك)

(١٠) بأن يقول: استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها. (ك)

(١١) قوله: "وصار كالثوب [بأن يقول: أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان. ك]" إذا جعل رأس المال يجوز وإن لم يبين ذرعانه. (نهاية)

(١٢) قوله: "أنه ربما يوجد إلخ: تحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئًا فشيئًا، وربما يجد بعض ذلك زيوفا، ولا يستبدل في المجلس، فيرد، فيبطل العقد برده بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلومًا لا يعلم في كم انتقض السلم، وفي كم بقي، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها. (عيني)

(١٣) دراهم.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) المسلم.

(١٦) المسلم إليه.

(١٧) المسلم إليه.

(١٨) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك.

(١٩) دفع لما يقال من أن ما قال أبو حنيفة رحمه الله أمر موهوم لا يعتبر به.

العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى[١].

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا[٢]، لأن الذرع وصف فيه[٣] لا يتعلق العقد[٤] على مقداره[٥]، ومن فروعه[٦] إذا أسلم[٧] فى جنسين، ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم جنسين[٨]، ولم يبين مقدار أحدهما.

ولهما فى الثانية[٩]: أن مكان العقد يتعين[١٠] لوجود العقد الموجب[١١] للتسليم

---

(٢٠) أى السلم.

(١) قوله: "لشرعه مع المنافى [أى بيع المعدوم]" إذ القياس يخالفه، ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال، وعوده إلى الجهالة. (ع)

(٢) جواب عما قاساه عليه من الثوب.

(٣) قوله: "وصف فيه [ثوب]" ولهذا لو وجده زائدًا على المسمى سلم له الزيادة، ولو وجده ناقصًا لم يحط شيئًا من الثمن، وقد تقدم. (عناية)

(٤) قوله: "لا يتعلق العقد إلخ" وليس كلامنا فى ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره، فكان قياسًا مع الفارق. (عناية)

(٥) ثوب.

(٦) الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال. (ك)

(٧) قوله: "إذا أسلم إلخ" بأن أسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة، وطريق معرفته الخرز، فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلومًا، وعندهما يجوز، لأن الإشارة إلى العين تكفى لجواز العقد، وقد وجدت. (ع)

(٨) قوله: "أو أسلم جنسين" كما إذا أسلم دراهم ودنانير فى كر حنطة وقد علم وزن أحدهما لا الآخر لا خير فيه عنده، وهو جائز عندهما، لأن إعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عنده، فإذا لم يعلم وزن أحدهما بطل فى حصته لانعدام شرط الجواز، فيبطل فى حصة الآخر أيضًا لاتحاد الصفقة، أو لجهالة حصة الآخر، والسلم فى المجهول لا يصح ابتداء، وعندهما الإشارة إلى العين تكفى، فيجوز. (نهاية)

(٩) قوله: "فى الثانية" أى فى المسألة الثانية، وهو بيان مكان الإيفاء لا يحتاج إليه عندهما. فإن قيل: لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر، كما فى بيع العين، فإنه لو اشترى كرّحنطة، وشرط على البائع الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد. قلنا: لما عين مكانًا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى نعينه بدلالة السبب الموجب التسليم من غير نص، غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين، لأن المشترى يملك العين بالشراء، فإذا شرط عليه حملا زائدًا فقد اشترط عليه عملا فى ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سمى الثمن بإزاء ذلك كله، فصار ما يقابل الحمل إجارة، فيصير صفقة فى صفقة، فيفسد بالشرط الفاسد، ورب السلم لا يملكه عينًا قبل القبض، فيكون النقل إلى مكان آخر عملا من البائع فى مال نفسه، فلا يصير مؤاجرًا لغيره، فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة فلا يصير فاسدًا. (ك)

(١٠) للإيفاء.

(١١) قوله: "لوجود إلخ" كما فى بيع العين، فإن من باع حنطة بعينها بسواد وجب تسليمها فى موضع الحنطة، لأنه ملكها فى ذلك الموضع. (ن)

فيه، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه[١]، فيصير نظير[٢] أول أوقات[٣] الإمكان[٤] في الأوامر، وصار كالقرض والغصب[٥]. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التسليم[٦] غير واجب في الحال[٧]، فلا يتعين بخلاف القرض[٨] والغصب[٩]، وإذا لم يتعين[١٠] فالجهالة فيه تفضي[١١] إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف[١٢] باختلاف المكان، فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة[١٣]. وعن هذا[١٤] قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف[١٥] فيه[١٦] عنده[١٧] يوجب التحالف كما في الصفة[١٨]، وقيل

---

(١) أي في التسليم.

(٢) قوله: "فيصير نظير إلخ" يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث إنه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ما سيأتي من الزمان. (ك)

(٣) فالجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وهذا على قول الكرخي. (عيني)

(٤) أي إمكان المأمور به.

(٥) قوله: "وصار كالقرض والغصب" فإن التسليم فيهما يجب في مكان تحقق القرض والغصب. (ك)

(٦) أي تسليم المسلم فيه.

(٧) لاشتراط الأجل.

(٨) قوله: "فلا يتعين [أي مكان العقد، للتسليم] إلخ" وذلك لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والاستهلاك والغصب، والسلم لا يجوز إلا مؤجلا، وإنما استحقاق التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدري في أي مكان يكون. (نهاية)

(٩) فإن التسليم فيهما واجب في الحال.

(١٠) مكان العقد للإيفاء.

(١١) قوله: "تفضي إلى المنازعة" لأن رب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن، والمسلم إليه يسلم في موضع يقل فيه الثمن. (مل)

(١٢) قوله: "تختلف" فإن الحنطة والحطب موجود في المصر والسواد، ثم يشترى في المصر بأكثر مما يشترى به في السواد، وما ذلك إلا لاختلاف المكان. (نهاية)

(١٣) قوله: "وصار كجهالة الصفة" يعني أن باختلاف الصفة في المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضا، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى، فلا بد من البيان. (عيني)

(١٤) أي عن أن اختلاف القيم باختلاف المكان. (نهاية)

(١٥) أي اختلاف المتبايعين.

(١٦) أي مكان الإيفاء.

(١٧) لا عندهما.

(١٨) قوله: "كما في الصفة" أي كما لو اختلفا في صفة الثمن، أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما إذا اختلفا في جودته ورداءته. (ف)

الله أنظر [١] للجانبين، وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر [٢].

قال: ومن اشترى شيئًا بنصف درهم [٣] فلوس [٤] جاز، وعليه ما يباع [٥] بنصف درهم من الفلوس [٦]، وكذا إذا قال بدانق [٧] فلوس، أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك، لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق، ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها [٨].

ونحن نقول: ما يباع بالدانق [٩] ونصف الدرهم من [١٠] الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه [١١]، فأغنى عن بيان العدد، ولو قال: بدرهم فلوس [١٢]، أو

---

(١٧) قوله: "وأصل الأختلاف إلخ" أى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الاختلاف فيمن غصب مثليًا، فانقطع، فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع. (عيني)

(١٨) كالرطب.

(١) قوله: أنظر" أى للمقرض والمستقرض، أما للمقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة، لأنه على قوله يلزم على المقرض مثل تلك الفلوس الكاسدة، وليس فيه نظر للمقرض، وأما للمستقرض فبالنسبة إلى قول أبي يوسف، فإن الواجب عليه قيمتها يوم القبض عنده، فكان ترك النظر للمستقرض، فقلنا: بقيمة يوم الكساد ونظرًا للجانبين. (ن)

(٢) قوله: "أيسر" لأن ثمن الفلوس كانت معلومة يوم القبض للمقرض والمستقرض كما هي معلومة للمتعاقدين يوم البيع، والناس أجمع، فكان العمل بها أيسر، وأقل اختلافًا بين الناس، وأما قيمة يوم الانقطاع فغير معلومة للناس بل يختلفون اختلافًا كثيرًا، فلا يكون أيسر في معرفة حكم الشرع. (ن)

(٣) أى بفلوس قيمتهما نصف درهم فضة. (ك)

(٤) يعني إن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة. (ع)

(٥) قوله: "وعليه إلخ" أى يجب على المشترى إذا اشترى شيئًا بهذا اللفظ قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضة إذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم في سوق الصيارفة. (نهاية)

(٦) بيان ما يباع.

(٧) قوله: "بدانق إلخ" في "المغرب": الدانق -بالفتح والكسر- قيراطان والجمع دوانق، ودانيق، وفي الصحاح: الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق، وأصله قيراط -بالتشديد- بدليل جمعه على قراريط، فأبدل من إحدى حرفي تضعيفه ياء. (نهاية)

(٨) قوله: "فلا بد من بيان عددها [وإلا يبقى مجهولا فلا يجوز]" ولا يحصل ذلك بتسمية الدراهم لأن الناس قد يستقصون في بيع الفلوس، وقد يتسامحون. (نهاية)

(٩) قوله: "ما يباع إلخ" يعني أن ما يباع بالدانق، وما ذكر من الفلوس معلوم، وهو المراد بقوله: بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم، ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس، فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن. (ف)

(١٠) بيان ما.

(١١) قوله: "والكلام فيه" يعني فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلومًا حين العقد، فكان مغنيًا عن ذكر العدد. (عيني)

(١٢) أي بفلوس قيمتها درهم فضة.

بدرهمين فلوس، فكذلك[1] عند أبي يوسف رحمه الله، لأن ما يباع بالدرهم من[2] الفلوس معلوم وهو المراد، لا وزن الدرهم من الفلوس، وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلومًا بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم، قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح[3] لا سيما في ديارنا[4].

قال: ومن أعطي صيرفيًا[5] درهمًا، وقال: أعطني بنصفه فلوسًا، وبنصفه[6] نصفًا إلا حبة جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا، فلا يجوز.

وعلى قياس[7] قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل، لأن الصفقة متحدة، والفساد قوي[8] فيشيع، وقد مر[9] نظيره[10]، ولو كرر لفظ الإعطاء[11] كان جوابه كجوابهما[12] هو الصحيح[13]، لأنهما بيعان[14]، ولو قال[15]: أعطني نصف درهم

---

(١) أي يجوز.

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "أصح" وجه الأصح أن ما يباع بالدرهم إلى آخر ما مر أي بذكر الدرهم والدانق يصير عدد الفلوس معلومًا لأن قدر ما يوجد بالدرهم أو الدرهمين من الفلوس معلوم في السوق، فكان تسمية الدرهم كتسمية ما يقابله من عدد الفلوس في الأعلام على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما. (نهاية)

(٤) أي المدن التي وراء النهر، فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم. (ف)

(٥) قوله: "صيرفيًا" أي صرافًا، وهو من قولهم: الدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة، أي فضل، وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة: صراف وصيرفي، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٦) أي أعطني بنصف الدرهم درهمًا صغيرًا يساوي نصف الدرهم إلا حبة. (ن)

(٧) عبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة. (ع)

(٨) مقارن للعقد؛ لأن هذا الفساد مجمع عليه. (ف ونهاية)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" وهو ما إذا جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالإجماع، وإن بين يشيع على قول أبي حنيفة. (ن)

(١٠) في البيع الفاسد. (ف)

(١١) قوله: "ولو كرر لفظ الإعطاء" بأن قال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي نصفًا إلا حبة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع. (ك)

(١٢) في أن الفساد يخص النصف الآخر. (ف)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" حكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني، والفقيه مظفر بن اليمان، والشيخ الإمام شيخ الإسلام ههنا أيضًا لا يصح وإن كرر لفظ الإعطاء، لأن الصفقة متحدة، لأنها لو تفرقت إنما تفرقت بتكرر قوله: أعطني، ولا وجه إليه، لأن قوله: أعطني مساومة، وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع، حتى إن من قال لآخر: بعني، فقال: بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر

فلوسًا، ونصفًا[1] إلا حبة جاز، لأنه قابل الدرهم بما يباع من[2] الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة، فيكون نصف درهم[3] إلا حبة بمثله، وما وراءه بإزاء الفلوس، قال رضى الله عنه[4]: وفى أكثر نسخ "المختصر"[5] ذكر المسألة الثانية[6].

كتاب الكفالة[7]

قال: الكفالة هى الضم لغةً، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا[8]﴾، ثم قيل: هى[9] ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة[10]، وقيل: فى الدين، والأول[11] أصح[12].

المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والصحيح أنهما بيعان، فلا يشيع الفساد. (ك)

(١٤) فلا يشيع الفساد، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. (ك)

(١٥) حين دفع إليه الدرهم الكبير. (ف)

(١) النصب على البدلية من نصف. (ن)

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "فيكون نصف إلخ" بخلاف المسألة الأولى لأنه صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، وهو ربا، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، وأما فى هذه المسألة لم يصرح، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير. (ن)

(٤) أى المصنف. (ع)

(٥) أى مختصر القدورى. (ك)

(٦) قوله: "ذكر المسألة الثانية" أى قوله: أعطنى نصف درهم فلوسا ونصفًا إلا حبة جاز، ولم يذكر فى أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى، وهو قوله: من أعطى صيرفيًا درهمًا، وقال: أعطنى بنصفه فلوسًا إلخ.
وفى بعض نسخة: ولو قال: أعطنى بنصف درهم درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة و بالباقى فلوسًا جاز البيع، انتهى، وهذا غلط من الكتاب كذا فى المضمرات شرح القدورى، والحكم فيه أن البيع فاسد عند الإمام، وقالا: جاز فى حصة الفلوس خاصة، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) قوله: "كتاب الكفالة" ركنها الإيجاب والقبول عند أبى حنيفة ومحمد، خلافًا لأبى يوسف فى قوله الآخر، حتى عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال، أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبى عنه فى مجلس العقد، وقال أبويوسف آخر: الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره، أو لم يوجد. وأما شرطها: كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص، وأن يكون دينًا صحيحًا، ولهذا لم يصح الكفالة ببدل الكتابة، وأما أهلها فأهل التبرع بأن كان حرًا مكلفًا، فلا يصح من العبد والصبى، وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل. (ك)
قوله: "الكفالة" عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون فى البياعات غالبًا، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء، فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة. (ع)

(٨) قوله: "وكفلها [أى مريم، أى ضمها إلى نفسه. ك] زكريا" أى ضمها إلى نفسه، وقرأ بتشديد الفاء، ونصب زكريا، أى جعله كافلا لها، وضامنا لمصالحها. (ع)

(٩) أى فى الشريعة. (ك)

(١٠) دون الدين. (ك)

قال[1]: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال، فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز[2]، لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة[3] له[4] على نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال، لأن له[5] ولاية على مال نفسه. ولنا: قوله عليه السلام[6]: «الزعيم[7] غارم[8]»*، وهذا يفيد[9] مشروعية الكفالة بنوعيها[10]، ولأنه[11] يقدر على تسليمه[12] بطريقه[13] بأن يعلم[14] الطالب مكانه[15]، فيخلي بينه وبينه[16]، أو يستعين[17] بأعوان القاضي في ذلك،

---

(١١) قوله: "والأول" أي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة أصح، لأنه لو وجب الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل يصير الدين الواحد دينين. (نهاية)

(١٢) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة. (ع)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) هذا هو منقول عن الشافعي، والقول الأظهر عند الشافعية إنها جائزة، كذا في "فتح القدير".

(٣) قوله: "إذ لا قدرة إلخ" أما إذا كانت الكفالة بغير أمره فظاهر وإن كان بأمره، فلان أمره بالكفالة لا يثبت له ولاية في نفسه ليسلم. (ع)

(٤) أي للكفيل.

(٥) أي للكفيل.

(٦) رواه أبو داود والترمذي. (ف)

(٧) أي الكفيل. (ع)

(٨) الضامن. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٩ ص١٦٣. (نعيم)

(٩) لأنه مطلق.

(١٠) قوله: "بنوعيها" الكفالة بالنفس والمال، فإن قيل: قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» يدل على وجوب الغرم على الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا، فكيف يستدل به على مشروعيته؟ قلنا: الغرم ينبئ عن لزوم شيء يضره، وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار، والحاجة ماسة إلى هذا النوع، وهي ضرورة إحياء حقوق العباد، لأنه ربما يغيب نفسه، فيتوى حق صاحب الحق، وعن الصحابة أنهم جوزوا الكفالة بالنفس. (ك)

(١١) أي لأن الكفيل، جواب عن قول الشافعي.

(١٢) أي المكفول به.

(١٣) فإن قدرة كل شيء بحسبه. (ع)

(١٤) الكفيل.

(١٥) المكفول به.

(١٦) المكفول به.

(١٧) الكفيل.

والحاجة ماسة إليه(١)، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه(٢) وهو الضم في المطالبة.

قال(٣): وتنعقد(٤) إذا قال: تكفلت بنفس فلان(٥)، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، وكذا ببدنه، وبوجهه؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن، إما حقيقةً(٦) أو عرفًا(٧) على ما مر في الطلاق، وكذا إذا قال(٨): بنصفه، أو بثلثه، أو بجزء منه، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعًا(٩) كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان(١٠)، أو برجله، لأنه لا يعبر بهما(١١) عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما(١٢)، وفيما تقدم(١٣) يصح(١٤). وكذا إذا قال(١٥): ضمنته، لأنه تصريح بموجبه(١٦)، أو قال: هو علي، لأنه(١٧) صيغة الالتزام(١٨)، أو قال: إليّ؛ لأنه في معنى علي في هذا المقام، قال عليه السلام: «ومن ترك(١٩) مالا فلورثته ومن ترك كلا(٢٠) أو عيالا(٢١) فإليّ»*.

---

(١) أي إلى عقد الكفالة بالنفس.

(٢) أي في عقد الكفالة بالنفس.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وتنعقد [الكفالة بالنفس] إلخ" لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها. (ع)

(٥) قوله: "بنفس فلان" لم يذكر محمد ما إذا تكفل بعينه، قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال: عين القوم، وهو عين في الناس. (ف)

(٦) كجسده أو بدنه. (ن)

(٧) قوله: "أو عرفًا" كوجهه ورأسه، ورقبته، فإن كلا منها مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة، لكنه يشمله بطريق العرف. (عناية)

(٨) تنعقد الكفالة بالنفس.

(٩) أي غير معين.

(١٠) حيث لا يصح الكفالة بالنفس.

(١١) أي باليد والرِّجل.

(١٢) اليد والرجل.

(١٣) أي الجزء الشائع كالنصف.

(١٤) أي إضافة الطلاق.

(١٥) أي تنعقد الكفالة بالنفس.

(١٦) قوله: "لأنه تصريح بموجبه [لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور. ف]" أي بموجب عقد الكفالة، لأنه يصير به ضامنًا للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك. (ك)

(١٧) أي عليّ.

(١٨) فأفاد الضمان، فصحت الكفالة.

(١٩) قوله: "من ترك إلخ" أخرج أبو داود والنسائي، وابن ماجة عن المقدام بن معديكرب، قال: قال رسول

وكذا(١) إذا قال: أنا زعيم(٢) به، أو قبيل؛ لأن الزعامة هى الكفالة، وقد روينا(٣) فيه(٤)، والقبيل(٥) هو الكفيل، ولهذا سمى الصك(٦) قبالة(٧)، بخلاف ما إذا قال(٨): أنا ضامن لمعرفته(٩)، لأنه التزم المعرفة(١٠) دون المطالبة.

قال: فإن شرط(١١) في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه(١٢) إحضاره إذا طالبه(١٣) فى ذلك الوقت، وفاء بما التزمه. فإن أحضره(١٤) وإلا حبسه الحاكم، لامتناعه(١٥) عن إيفاء حق مستحق عليه(١٦)، ولكن لا يحبسه(١٧) أول

الله ﷺ: «من ترك كلا فإلىّ، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وارثه»، ورواه ابن حبان فى "صحيحه"، وفى لفظ لأبى داود: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينًا أو ضيعة فإلىّ». (ف)

(٢٠) اليتيم.

(٢١) قوله: "أو عيالا [هو من يعوله، أى يقوته. ك]" عيال -بالكسر-: أولاد وزن، وآنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنث ايشان بايد نمود، ونفقه بايد داد. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٠ ص١٦٤. (نعيم)

(١) تنعقد الكفالة.

(٢) كأمير ضامن. (من)

(٣) وهو قوله عليه السلام: «الزعيم غارم». (ك)

(٤) أى فى أن الزعامة الكفالة.

(٥) قبالة بالفتح ضامن شدن. (م)

(٦) قوله: "الصك" صك بالفتح وتشديد كاف نامه، وقباله معرب چک. (م)

(٧) لأنه قابل بما فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" وعن نصير قال: سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر: أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لا يلزم شيء. وأما أبو يوسف قال: هذا على معاملة الناس وعرفهم، قال الفقيه أبو الليث [illegible] أبى يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد فى "خزانة الواقعات"، وبه يفتى، أى بظاه[illegible] "المنتقى" أن فى قول أبى يوسف فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. (ف)

(٩) أى لا يصير كفيلا. (ن)

(١٠) قوله: "لأنه التزم المعرفة إلخ" يعنى أن موجب الكفالة التزام التسليم، وهوضمن المعرفة لا التسليم، وفى الفارسية بأن قال: من ضامنم دانستن، ويرا عامة المشايخ قالوا: يكون كفيلا، فكأنهم فرقوا بين الفارسية والعربية، كذا فى فتاوى قاضى خان. (ك)

(١١) هذه مسألة القدورى.

(١٢) الكفيل.

(١٣) أى المكفول له.

(١٤) فى ذلك الوقت فيها.

(١٥) الكفيل.

مرة[١]، فلعله[٢] ما درى لماذا يدعى، ولو غاب[٣] المكفول[٤] بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه[٥]، فإن مضت[٦] ولم يحضره يحبسه[٧] لتحقق امتناعه[٨] عن إيفاء الحق. قال: وكذا إذا ارتد[٩] -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب[١٠]، وهذا[١١] لأنه[١٢] عاجز في المدة، فينظر[١٣] كالذى أعسر[١٤]، ولو سلمه قبل ذلك[١٥] برئ[١٦] لأن الأجل حقه، فيملك إسقاطه كما فى الدين المؤجل[١٧].

---

(١٦) فصار ظالما، والحبس جزاء الظلم.

(١٧) الحاكم الكفيل.

(١) لأن الحبس جزاء الظلم، ولا يظهر فى أول الوهلة.

(٢) أى لعل الكفيل.

(٣) مسافة بعيدة أو قريبة.

(٤) المدعى عليه.

(٥) قوله: "أمهله الحاكم [أى الكفيل] إلخ" ويستوثق منه بكفيل، هذا إذا عرف مكانه، وإن لم يعرف مكانه، واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه، لأنهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال. وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت، فالقول قول الطالب، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع، لأن الظاهر شاهد للمدعى، وإن لم يكن ذلك معروفا منه، فالقول قول الكفيل، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل، ومنكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدعيه. (ك)

(٦) المدة.

(٧) أى يحبس الحاكم الكفيل.

(٨) مع إمكانه.

(٩) قوله: "وكذا [أى يمهل مدة الذهاب والمجىء] إذا ارتد إلخ" وفى "الذخيرة": إذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادراً على رده، بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة، أن من لحق بهم مرتداً يردونهم علينا إذا طلبنا، يمهل قدر الذهاب والمجىء، وإن لم يكن قادراً على رده بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذى قلنا: فالكفيل لا يؤاخذ به. (ك)

(١٠) قوله: "ولحق إلخ" واللحاق وإن كان موتًا فهو حكمى فى ماله ليعطى الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها. (ف)

(١١) أى الإمهال.

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) الإنظار مهلت دادن. (م)

(١٤) وعليه دين فإنه يمهل [إعسار بالكسر درويش شدن]. (م)

(١٥) الوقت المعين.

(١٦) أى الكفيل.

(١٧) إذا أدى قبل الأجل برئ.

قال[١]: وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه[٢] مثل أن يكون فى مصر[٣] برئ الكفيل من الكفالة[٤]؛ لأنه أتى بما التزمه[٥]، وحصل المقصود[٦] به، وهذا[٧] لأنه ما التزم التسليم إلا مرة.

وإذا كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ لحصول المقصود[٨]، وقيل[٩]: فى زماننا لا يبرأ[١٠]، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار[١١]، فكان التقييد[١٢] مفيداً.

وإن سلمه فى برية[١٣] لم يبرأ، لأنه[١٤] لا يقدر على المخاصمة فيها[١٥]، فلم يحصل المقصود، وكذا[١٦] إذا سلمه فى سواد[١٧] لعدم قاض يفصل الحكم فيه.

ولو سلم فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله للقدرة[١٨] على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ[١٩]، لأنه[٢٠] قد يكون شهوده

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى فى ذلك المكان.

(٣) قوله: "مثل أن يكون فى مصر" أى من الأمصار، ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو الذى كفل فيه، وعن أبى حنيفة ليس ذلك بشرط، وهى المسألة الأخيرة من مسائل التسليم.

(٤) سواء قبله الطالب أو لا. (ف)

(٥) بالكفالة. (ف)

(٦) أى مقصود المكفول له.

(٧) أى إتيانه بما التزمه.

(٨) قوله: "لحصول المقصود [هو القدرة على المحاكمة. ع]" إذ المقصود من التسليم فى مجلس الحاكم إمكان الخصومة، واستخراج الحق بإثبات حقه عليه، وهذا الإمكان حاصل متى سلمه فى مكان آخر من هذا المصر. (ك)

(٩) القائل شمس الأئمة السرخسى.

(١٠) قيل: ويجب أن يفتى بهذا، إذا شرط التسليم فى مجلس القضاء بالتسليم فى غير ذلك المجلس. (عنايه)

(١١) قوله: "لا على الإحضار" يعنى أن الظاهر أنه لا يعاونه أحد من أهل الطريق والسوق على إحضار المكفول به فى مجلس القاضى بل يعاونونه على الامتناع لغابة أهل الفسق والفساد. (مل)

(١٢) بمجلس القاضى.

(١٣) صحرا وزمين بى كشت برارى جمع. (من)

(١٤) المكفول له.

(١٥) البرية.

(١٦) أى لا يبرأ.

(١٧) هى القرى التى ليس فيها قضاة [سواد بالفتح ديهاى شهر. (م)

(١٨) لأن المحاكمة تتحقق عند كل قاض: فصار التسليم فى البلدين سواء.

(١٩) قوله: "وعندهما [وقولهما أوجه. (ف)] إلخ" قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فإن أبا حنيفة كان فى القرن

فيما عينه[١]، ولو سلمه[٢] في السجن، وقد حبسه[٣] غير الطالب لا يبرأ[٤]، لأنه لا يقدر[٥] على المخاصمة فيه[٦].

قال[٧]: وإذا مات المكفول به[٨] برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ؛ لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل[٩]، فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل[١٠]، لأنه لم يبقَ قادراً على تسليم المكفول بنفسه[١١]، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب[١٢]، بخلاف الكفيل بالمال[١٣]، ولو مات المكفول به، فللوصي أن يطالب الكفيل، وإن لم يكن[١٤] فلوارثه[١٥] لقيامه[١٦] مقام الميت.

قال[١٧]: من كفل[١٨] بنفس آخر[١٩] ولم يقل: إذا دفعت إليك فأنا بريء، فدفعه

الثاني، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق، فكانت الغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة، فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمان أبي يوسف ومحمد، فظهر الفساد، والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فيتقيد التسليمُ بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. (ع)

(٢٠) قوله: "لأنه قد يكون إلخ" وذلك القاضي يعرف حادثته، فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالماً عن المعارض، فيبرأ، وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه، وإن شرط فلا يبرأ فيه عندهما، وعلى قوله اختلف المشايخ فيه. (ك)

(١) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر.

(٢) كائناً.

(٣) أي القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب.

(٤) وإن كان الحابس هو الطالب برئ. (ع)

(٥) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" لأن الغرض من التسليم تمكنه من إحضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه، وذا لا يتأتى إذا كان محبوساً. (ك)

(٦) أي في الحبس.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) المدعى عليه.

(٩) المكفول به.

(١٠) أي يسقط الكفالة.

(١١) فإن قيل: فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله إلخ. (ع)

(١٢) أي الإحضار، وتسليم المكفول به.

(١٣) قوله: "بخلاف الكفيل بالمال" حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة ماله منابه، إذ المقصود هناك إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ ماله من تركته، ثم يرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في الحياة. (ن)

(١٤) الوصي.

(١٥) المكفول له.

(١٦) أي لقيام كل واحد من الوصي والوارث.

إليه فهو برىء؛ لأنه[1] موجب[2] التصرف[3]، فيثبت[4] بدون التنصيص[5] عليه، ولا يشترط[6] قبول الطالب التسليم[7] كما فى قضاء الدين. ولو[8] سلم[9] المكفول به نفسه[10] من كفالته صح[11]، لأنه مطالب بالخصومة، فكان له[12] ولاية الدفع[13]، وكذا[14] إذا سلمه إليه[15] وكيل الكفيل، أو رسوله لقيامهما[16] مقامه.

قال[17]: فإن تكفل بنفسه[18] على أنه إن لم يواف[19] به[20] إلى وقت كذا فهو

---

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٨) قوله: "ومن كفل بنفس آخر إلخ" قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفى حقه، لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه، فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة، ولا يفيد التكرار. (ف)

(١٩) بالإضافة. (م)

(١) أى لأن البراءة.

(٢) قوله: "لأنه موجب إلخ" معناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط، وقال فى "النهاية": لأنه موجب التصرف، أى لأن دفع المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس، والموجبات تثبت فى التصرف، أى بدون ذكرها صريحًا، وليس بشىء لأن الكلام فى أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. (م)

(٣) أى الكفالة بالنفس.

(٤) البراءة.

(٥) التصريح.

(٦) قوله: "ولا يشترط إلخ" فى "المبسوط": لأن الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزمه، فلا يتوقف على قبول صاحب الحق كالمديون إذا جاء بالدين، ووضعه بين يدى الطالب، وهذا لأنه لو توقف على قبوله تضرر به من عليه. (ن)

(٧) أى تسليم الكفيل المكفول به.

(٨) هذه من مسائل "المبسوط". (عين)

(٩) إلى الطالب.

(١٠) وقال: وقعت نفسى إليك من كفالة فلان. (م)

(١١) وبرئ الكفيل.

(١٢) قوله: "فكان له إلخ" فتسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل، فلا يبرأ. (م)

(١٣) أى دفع الخصومة. (ك)

(١٤) أى يبرأ.

(١٥) أى إلى الطالب.

(١٦) الوكيل والرسول.

(١٧) هذه مسألة القدورى. (عينى)

(١٨) الرجل.

ضامن[1] لما عليه وهو ألف، فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ؛ لأن الكفالة بالمال معلقة[2] بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح[3]، فإذا وجد الشرط لزمه[4] المال. ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ؛ لأن وجوب المال عليه[5] بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما[6] للتوثق[7].

وقال الشافعي رحمه الله : لا تصح هذه الكفالة[8] ؛ لأنه تعليق سبب[9] وجوب المال بالخطر[10]، فأشبه البيع[11].

ولنا : أنه يشبه البيع[12]، ويشبه النذر[13] من حيث إنه التزام[14]، فقلنا : لا يصح تعليقه بمطلق الشرط[15]، كهبوب الريح ونحوه[16]، ويصح[17] بشرط متعارف[18]

---

(١٩) أى لم يأت.

(٢٠) وافاه إياه مفاعلة من الوفاء. (ن)

(١) قوله: "فهو ضامن لما عليه وهو ألف" التقييد بقوله: لما عليه مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد، خلافًا لهما. وبقوله: وهو ألف غير مفيد لأنه إذا قال: فعلى مالك عليه، ولم يسمّ الكمية جاز، لأن جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لابتناءها على التوسع. (ع)

(٢) فى هذه الصورة. (ع)

(٣) قوله: "هذاالتعليق صحيح" لأنه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس إياه، وإن كان القياس يأباه، وبالتعامل يترك القياس فى البيع كما لو اشترى نعلا على أن يحذوه البائع مع أن بابه أضيق من الكفالة، فلأن يترك ههنا وبابها أوسع أولى. (ك)

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "لا ينافى إلخ" تقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقًّا للمكفول له لا يبطل إلا بما ينافيها من تسليم أو إبراء، أو موت، وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما، ولأن كل واحد منهما للتوثق، فلا تبطلها، وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى، وإبطالها يفضى إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع، وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس، ووجوب البدل ينافى المبدل عنه كما فى خصال الكفارة، وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر. (عناية)

(٧) الكفالتين.

(٨) الاعتماد.

(٩) أى بالمال.

(١٠) أى الكفالة بالمال.أى بأمر متردد، قد يكون وقد لا يكون، وهو عدم الموافاة إلى وقت كذا.

(١١) قوله: "فأشبه البيع" أى فى لزوم المال بالعوض برجوع الكفيل على الأصيل بالمال إذا كان بأمره، وتعليق سبب و جوب المال فى البيع لا يجوز، فكذا ههنا، والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه، ولكنه يشبه إلخ. (ع)

(١٢) قوله: "يشبه البيع" انتهاء، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه إذا كان بأمره، فكان مبادلة المال بالمال. (ك)

(١٣) أى ابتداء. (ك)

(١٤) لشيء غير لازم.

عملا بالشبهين، والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

ومن[1] كفل بنفس رجل، وقال: إن لم يوافِ به غداً[2] فعليه المال، فإن مات[3] المكفول عنه ضمن المال[4] لتحقق الشرط، وهو عدم الموافاة.

قال: ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها[5] أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يوافِ به غداً فعليه المائة، فلم يوافِ به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى[6] بعد ذلك[7] لم يلتفت إلى دعواه[8]؛ لأنه علق[9] مالا مطلقاً[10] بخطر[11]، ألا يرى[12] أنه[13] لم

(١٥) عملا بشبه البيع.

(١٦) كإمطار السماء.

(١٧) عملا بشبه النذر، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً.

(١٨) قوله: "بشرط متعارف" والتعليق بعدم الموافاة متعارف، فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافاة بالنفس، ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. (عناية)

(١) هذه مسألة "الجامع الصغير".

(٢) قوله: "غداً" لم يذكر في أكثر نسخ "الجامع الصغير" لفظ "الغد" ولهذا لم يذكره فخر الإسلام، والصدر الشهيد، وقاضي خان، فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري، بأن هذه مطلقة، وتلك مقيدة بالوقت، فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير عن الكفيل بخلاف موت المكفول عنه فإنه أمر سماوي. (ف)

(٣) بعد الغد. (ف)

(٤) قوله: "ضمن المال [للمكفول له. ف]" فيه شبهة قوية، وهو أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها، وليست بمقصودة، ولهذا لو ابرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة بطلت الكفالة بالمال، فكذا ههنا انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به، فتبطل الكفالة بالمال أيضاً. والجواب أن الإبراء وضع لفسخ الكفالة، والموت لم يوضع له فالإبراء ينفسخ الكفالة من كل وجه، وبالموت ينفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بالنفس، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، والشرط عدم الموافاة مطلقاً. (مل)

(٥) أي بين صفتها بأنها جيدة أو رديئة. (ك)

(٦) قوله: "ثم ادعى [بأنه موصوف بصفة كذا] إلخ" أي ثم ادعى مدعى المائة التي كان لم يبين صفتهما تلك المائة على الكفيل مع بيان الصفة لا يسمع دعواه، أي لا يؤخذ الكفيل بكفالته حتى لا يقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة، وإن بين ما ادعاه بعد ما ادعى على المدعى عليه شيئاً مجهولا. (نهاية)

(٧) الكفالة.

(٨) الكفيل.

(٩) قوله: "لأنه علق إلخ" فيحتمل أنه التزم [لترك الدعوى في الحال] مالا ابتداء، فيكون رشوة، ويحتمل أنه أراد ما على الأصيل، فلا يكون رشوة، والمال لم يكن لازماً، فلا يلزم بالشك. (ك)

(١٠) قوله: "مالا مطلقاً [أي عن النسبة. ع]" المراد من الإطلاق عدم نسبة كفالته إلى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المائة الذي على المدعى عليه. (مل)

ينسبه إلى ما عليه[١]، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه[٢] وإن بينها[٣]، ولأنه[٤] لم يصح الدعوى من غير بيان[٥]، فلا يجب[٦] إحضار النفس، وإذا لم يجب[٧] لا تصح الكفالة بالنفس، فلا تصح[٨] بالمال، لأنه[٩] بناء عليه[١٠]، بخلاف ما إذا بين[١١]. ولهما أن المال ذكر معرفًا[١٢]، فينصرف إلى ما عليه، والعادة[١٣] جرت بإجمال في الدعاوى[١٤]، فتصح الدعاوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فتبين صحة الكفالة[١٥] الأولى، فيترتب عليها الثانية[١٦].

---

(١١) أي أمر متردد. (ع)

(١٢) توضيح.

(١٣) أي أن الكفيل.

(١) أي على المكفول عنه.

(٢) قوله: "ولا تصح إلخ" يعني أن هذا الوجه كما ترى يقتضي أن لا تصح هذه الكفالة بالمال أصلا وإن بينها الطالب أو لا، وبه صرح الشارح، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي منصور الماتريدي. (مل)

(٣) أولا.

(٤) هذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي الحسن الكرخي.

(٥) قوله: "ولأنه لم يصح إلخ" يعني إذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى، فلم يصح الكفالة بالنفس، فلم يصح الكفالة بالمال، لأنه بناء عليه، فعلى هذا الوجه إذا كان المدعى به معلومًا وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة إلى المال المدعى به. (ك)

(٦) على المدعى عليه.

(٧) إحضار النفس.

(٨) الكفالة.

(٩) الكفالة بالمال.

(١٠) أي على الكفالة بالنفس.

(١١) حيث تصح الكفالة بالنفس وبالمال.

(١٢) قوله: "أن المال ذكر إلخ" هذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وحاصلها أن المال في قول الكفيل ذكر معرفًا، لأنه قال: فعليه المائة، فينصرف المائة إلى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد، فكانت النسبة موجودة، فيخرج المال عن كونه رشوة، فيلزم، ويصح الكفالة، كذا في "العناية" وغيرها. ولا يذهب عليك أن في عبارة "الجامع الصغير" ذكر المال منكرًا حيث قال فيه: فإن لم أوافك به غدًا فعلى مائة دينار، وهكذا ذكر غير واحد، وكذا في "المبسوط"، فلا يستقيم هذه النكتة، كذا في "فتح القدير". (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٣) هذه النكتة في مقابلة النكتة الثانية لمحمد.

(١٤) قوله: "والعادة جرت إلخ" تقريره أن المال إذا لم يكن معلومًا لا بأس به، لأن العادة جرت بإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعًا لحيل الخصوم، والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها، ويبينها في الآخرة، وعلى هذا صحة الكفالة بالمال، والنفس جميعًا، ويكون القول قوله في هذا البيان، لأنه يدعى صحة الكفالة. (ع)

(١٥) أي بالنفس.

قال[١]: ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه[٢] لا يجبر عليها عنده[٣]. وقالا: يجبر في حد القذف[٤]، لأن فيه[٥] حق العبد، وفي القصاص[٦] لأنه خالص حق العبد[٧]، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى[٨]. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام*: «لا كفالة في حد[٩] من غير فصل[١٠]»، ولأن مبنى الكل[١١] على الدرء[١٢]، فلا يجب

---

(١٦) أي بالمال.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "معناه إلخ" وعلى هذا يكون معنى قوله: ولا يجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف، وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً. (عناية)

(٣) قوله: "لا يجبر عليها [الكفالة] إلخ" يعني من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب المدعي منه كفيلا بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعيه على المدعى عليه، فامتنع عن إعطاءه لا يجبر عليه. (عيني)

(٤) قوله: "وقالا: يجبر [أي المدعى عليه على الكفالة] إلخ" وفي "الفوائد الظهيرية": وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمره بالملازمة، وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب، لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب، فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب، وإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له في الدخول يجلسه في باب داره، ويمنعه من الدخول، وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الحجر، إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأن فيه حق العبد" ولذا شرط فيه الدعوى، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود والمطلوب، وهو ربما يخفى لفسه، فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا. وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما، وفي الجواز من غير جبر على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأنه من الحقوق التي يتعلق بها حق العباد. (ن)

(٦) أي المغلب فيه حق العبد. (ن)

(٧) قوله: "لأنه خالص حق العبد" ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد. (ف)

(٨) قوله: "بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى" كحد الزنا، والشرب لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها، لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى، لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب، فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الأصيل، وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس، وبه يحصل الاستيثاق، فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد، فإن حضوره في مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور، ويحول بينه وبين أشغاله، فتصح الكفالة بإحضاره. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١١ص١٦٤. (نعيم)

(٩) قوله: "لا كفالة في حد" قال في "العناية": قيل: هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح، وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، انتهى، وقال الزيلعي: إن هذا الحديث أخرجه البيهقي في "سننه" مرفوعاً لكن في رواية عمر بن أبي عمرو الكلاعي، وهو مجهول، ورواياته منكرة، ورواه ابن عدي في "الكامل" عنه وقال: إنه مجهول لا أعلم، وأحاديثه غير محفوظة، وهكذا قال الإمام ابن الهمام في "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٠) قوله: "فصل" أي بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله تعالى. (ع)

(١١) أي كل الحد.

فيها الاستيثاق[١]، بخلاف[٢] سائر الحقوق، لأنها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق، كما في التعزير[٣].

ولو سمحت[٤] نفسه[٥] به[٦] يصح[٧] بالإجماع؛ لأنه أمكن ترتيب موجبه[٨] عليه، لأن تسليم النفس فيها[٩] واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم[١٠].

قال[١١]: ولا يحبس فيها[١٢] حتى يشهد شاهدان مستوران[١٣]، أو شاهد عدل[١٤] يعرفه القاضي[١٥]، لأن الحبس للتهمة[١٦] ههنا[١٧]، والتهمة تثبت[١٨] بأحد

---

(١٢) أي الدفع.

(١) قوله: "فلا يجب فيها [الحدود] الاستيثاق" أي بالكفيل، فإذا لم يكفل عنده ما ذا يصنع به، قال يلازمه إلى وقت قيام القاضي، فإن أحضر البينة فبها، وإلا خلى سبيله، هذا إذا لم يقم البينة، وأما إذا أقام شاهدين مستورين، أو شاهد عدل لا يكفل عنده أيضاً، ولكن يحبسه للتهمة، والحبس بها مشروع لما روى أن النبي عليه السلام حبس رجلا للتهمة. (ن)

(٢) حيث يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل.

(٣) قوله: "كما في التعزير" أي يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير، فإن التعزير محض حق العبد، ويسقط بإسقاطه، ويثبت بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه، فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال. (ك)

(٤) سماحة -بالفتح- جوانمردى. (م)

(٥) المدعى عليه.

(٦) أي بإعطاء الكفيل. (نهاية)

(٧) قوله: "يصح" أي في الحدود والقصاص التي وقع الاختلاف في الجبر عليه. (ن)

(٨) أي موجب عقد الكفالة وهو الزام المطالبة.

(٩) الحدود.

(١٠) وهو معنى الكفالة.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير"، وليس في أكثر النسخ قال. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يحبس فيها" أي في الحدود والقصاص، وفي بعض النسخ فيهما، أي في حد القذف والقصاص.(ن)

(١٣) أي لا يعرف فسقهما ولا عدالتهما.

(١٤) قوله: "أو شاهد عدل" فإن قيل: قد قلتم بحبسه بإقامة شاهد عدل، ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط، ولكن لتهمة الدعارة والفساد، وفيحبس تعزيراً. (ك)

(١٥) قوله: "يعرفه القاضي" أي يعرف كونه عدلا، فإن كان مجهولا لا يحبسه، لأنه انعدم العدد والعدالة. (نهاية)

(١٦) قوله: "للتهمة [أي تهمة الفساد]" في "الصحاح" و "المغرب": التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهمه، وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلانًا بكذا، والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت، كما في اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها، ثم أبدلت منها، وأدغمت في تاء الافتعال. (ف)

(١٧) أي في الحدود والقصاص.

(١٨) قوله: "والتهمة تثبت بأحد إلخ" لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد، وهو من الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات، والدرء ثابت لقوله ﷺ

شطرى الشهادة، إما العدد، أو العدالة، بخلاف الحبس[١] فى باب الأموال[٢]؛ لأنه أقصى عقوبة فيه، فلا يثبت إلا بحجة كاملة[٣]، وذكر[٤] فى أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود[٥]. والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة[٦]. قال[٧]: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج[٨]؛ لأنه دين[٩] مطالب به[١٠] ممكن الاستيفاء[١١]، فيمكن ترتيب موجب العقد[١٢] عليه فيهما[١٣].

«ادرء الحدود بالشبهات». ويمكن أن يجاب بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والتهاون حرام لإفضاءه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه، فإن وجد أحد شطرى الشهادة، ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قادح فى عدالته والاتقاء من أمثاله مأمور به، فيحبس بأحد شطرى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبى ﷺ فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وعلى آله وسلم ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة يحيل للدرء، والله أعلم. (ع)

(١) قوله: "بخلاف الحبس" فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة، وامتنع من الإيفاء يحبس، فكان الحبس أقصى عقوبة فيه. (ف)

(٢) حيث لا يحبس فيه بشهادة مستورين، أو شاهد عدل.

(٣) قوله: "إلا بحجة كاملة" فلا يجوز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوته، أما فى الحدود والقصاص أقصى عقوبة القتل أو الضرب، والحبس نوع عقوبة، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص. (عينى)

(٤) أى فى "المبسوط" فى باب أدب القاضى.

(٥) أى التى فيها حق العبد كحد القذف.

(٦) قوله: "لحصول إلخ" أى لأن أخذ الكفيل لما جاز عنهما جاز أن يستوثق به، فيستغنى عن الحبس بها. (ع)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قوله: "فى الخراج" وإنما أورد الخراج لأنه فى حكم الصلاة دون الديون المطلقة، ووجوبه بحق الشرع كالزكاة، فكان ينبغى أن لا يصح الكفالة والرهن به. (نهاية)

(٩) قوله: "لأنه دين" ألا ترى أنه يحبس به، ويمنع لأجله من وجوب الزكاة، فيجوزان كسائر الديون، كذا فى "الفوائد الظهيرية". فإن قيل: دين الزكاة له مطالب من جهة العباد، أما فى الأموال الظاهرة فالإمام، وأما فى الأموال الباطنة فملاكها، فإنهم نواب عن الإمام، ومع ذلك لا يجوز الكفالة بدين الزكاة.

قلت: قال الإمام التمرتاشى: الزكاة ليست بدين بل هى عبارة عن تمليك المال مبتدأ، ولذا لا يؤخذ من تركته بعد موته، فعلى هذا كان قوله فى الكتاب: لأنه يطالب به، أى يطالب به فى الحياة والممات، احتراز عن دين الزكاة، وقوله: ممكن الاستيفاء احتراز عن الحدود والقصاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "مطالب به إلخ" ثم قوله: دين مطالب به راجع إلى الكفالة، وقوله: ممكن الاستيفاء راجع إلى الرهن، أى يطالب به، فيصح الكفالة لأن الكفالة تقتضى ديناً يطالب به، ويمكن الاستيفاء، فيصح الرهن، لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء. (ك)

(١١) فى هذا الكلام لف ونشر مشوش.

(١٢) قوله: "موجب العقد إلخ" موجب الكفالة كونها مشروعةً لتحمل المطالبة، وموجب الرهن كونه مشروعا بمضمون يمكن استيفاءه من الرهن. (عينى)

(١٣) أى كل من عقدى الرهن والكفالة.

قال[١] : ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب[٢] فأخذ منه كفيلا فهما[٣] كفيلان ؛ لأن موجبه[٤] التزام المطالبة[٥] ، وهى[٦] متعددة[٧] ، والمقصود[٨] التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق ، فلا يتنافيان .

وأما الكفالة بالمال[٩] فجائزة معلوما[١٠] كان المكفول به[١١] ، أو مجهولا ، إذا كان[١٢] دينًا صحيحًا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف ، أو بمالك[١٣] عليه ، أو بما يدركك[١٤] فى هذا البيع[١٥] ؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع[١٦] ، فيتحمل فيه[١٧] الجهالة[١٨] ، وعلى[١٩] الكفالة بالدرك[٢٠] إجماع ، وكفى به حجة ، وصار[٢١] كما إذا

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) رب الدين. (نهاية)

(٣) قوله: "فهما" ثم لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصيل برئ هو دون الآخر. (ك)

(٤) أى موجب عقد الكفالة. (نهاية)

(٥) قوله: "التزام المطالبة [ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد. ك]" أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل فى المطالبة، بأن يكون مطلوبًا بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه. (عناية)

(٦) المطالبة.

(٧) أى تحتمل التعدد.

(٨) من عقد الكفالة.

(٩) قوله: "وأما الكفالة بالمال [هذا لفظ القدورى. عينى] إلخ" هو عديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان،: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة أن يقول: أما الكفالة بالنفس، وهو إنما قال: فالكفالة بالنفس إلخ. (فتح القدير)

(١٠) أى فى المقدار.

(١١) أى المال.

(١٢) قوله: "إذا كان دينًا صحيحًا" أى الدين الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف، لأنه يثبت مع المنافى وهو الرق، ولهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه. (ك)

(١٣) دليل على جوازها بالمجهول.

(١٤) من العوارض.

(١٥) قوله: "يدركك [من الضمان. ن]" أى يلحقك، كذا فى "مجمع الأنهر"، وفى "المنتخب": درك آنچه دربى چيز پديد آيد از عوارض.

(١٦) فإنها تبرع ابتداء. (ع)

(١٧) أى فى الكفالة.

(١٨) اليسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة، أى جهالة المكفول به. (ن)

(١٩) قوله: "وعلى الكفالة إلخ" ضمان الدرك أن يقول للمشترى: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، والدرك التبعة، وفيه فتح الراء وسكونها. (ف)

(٢٠) وأصل الدرك فى اللحوق، وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول. (ك)

كفل[١] بشجة[٢] صحت الكفالة وإن[٣] احتملت[٤] السراية والاقتصار، وشرط[٥] أن يكون ديناً[٦] صحيحاً[٧]، ومراده أن لا يكون[٨] بدل الكتابة[٩]، سيأتيك[١٠] في موضعه إن شاء الله.

قال[١١]: والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الأصل[١٢]، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة، وذلك[١٣] يقتضى قيام الأول[١٤] لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة[١٥]، فحينئذٍ تنعقد[١٦] حوالة[١٧] اعتباراً للمعانى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة.

---

(٢١) قوله: "وصار كما إذا كفل إلخ" بأن قال: كفلت بما أصابك فى هذه الشجة التى شجك فلان، وهى خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ، ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول، لأنه لا يدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة، وهل يسرى إلى النفس، أو لا يسرى. (ك)

(١) أى الكفالة بمال مجهول.

(٢) قوله: "بشجة [أية شجة كانت]" أى خطأ فإن العمد على تقدير السراية يوجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة، ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ ففى الكفالة بها جهالة المكفول به، فإنها إن سرت إلى النفس وجبت دية النفس، وإلا فأرش الشجة، ومع ذلك صح. (ف)

قوله: "شجة" جراخت وشكستگى. (م)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الشجة.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المكفول به.

(٧) قوله: "ديناً صحيحاً" الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقًا لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على أن يسقط البدل بتعجيز نفسه، وقيل: لأن المولى لا يجب له على عبده شىء، فيطالبه به، فوجوبه بخلاف القياس. (ع)

(٨) قوله: "أن لا يكون إلخ" ويحتمل أن يحترز به عن دين الزكاة، فإنه دين أيضًا، حتى ظهر أثره فى منع وجوب الزكاة، وفى حق مطالبة الإمام فى الأموال الظاهرة، ولكن ليس بصحيح من كل وجه حتى لاتؤخذ من تركته بعد موته. (ن)

(٩) فإنه ليس بدين صحيح.

(١٠) فى كتاب المكاتب.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "عليه الأصل [أى أصل الدين]" إنما سمى الدين أصلا لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور، فكانت المطالبة فرعًا. (عناية)

(١٣) الضم.

(١٤) الأصيل.

(١٥) أى براءة الأصيل.

(١٦) الكفالة.

(١٧) يعني أنها حوالة عقدت بلفظ الكفالة، فيجرى أحكام الحوالة. (ف)

ولو طالب[١] أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما[٢]؛ لأن مقتضاه[٣] الضم، بخلاف المالك[٤] إذا اختار[٥] تضمين أحد الغاصبين[٦]، لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه[٧]، فلا يمكنه التمليك من الثانى[٨]، أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن[٩] التمليك، فوضح الفرق.

قال[١٠]: ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، مثل أن يقول: ما بايعت فلانًا[١١] فعلى[١٢]، وما ذاب[١٣] لك عليه[١٤] فعلىّ، أو ما غصبك[١٥] فعلىّ، والأصل[١٦] فيه[١٧] قوله تعالى[١٨]: ﴿ولمن جاء به[١٩] حمل[٢٠] بعير وأنا به زعيم﴾، والإجماع

(١) المكفول له.

(٢) معًا.

(٣) الكفالة.

(٤) قوله: "بخلاف المالك [للمال المغصوب]" إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، أى بالقضاء أو الرضا، لأنه إذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه، وتمليكه من الآخر، والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، حتى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكًا له، فلا يكون له مطالبة الآخر، وفى الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضا وقضاء له تضمين الآخر أيضًا. (كفاية)

(٥) فليس له أن يضمن الآخر.

(٦) الغاصب وغاصب الغاصب.

(٧) أى من ذلك الأحد.

(٨) لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعًا من اثنين فى زمان واحد.

(٩) فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "بايعت فلانًا إلخ" قيد بقوله: فلانًا ليصير المكفول عنه معلومًا فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له فى الإضافة، فلو قال: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به، فإنها حينئذٍ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقًا، وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقًا، وجهالة المكفول عنه فى التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفى التنجيز لا تمنع. (ف)

(١٢) المعنى إن بايعت فلانًا فعلى درك هذا البيع.

(١٣) قوله: "وما ذاب [المعنى إن ذاب إلخ]" فى "المغرب": ذاب عليه حق أى وجب مستعار من ذوب الشحم.(ن)

(١٤) فلانًا.

(١٥) أى ما غصب منك.

(١٦) الدليل.

(١٧) يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة.

(١٨) قوله: "قوله تعالى إلخ" قصته: أنه لما أعطى الله يوسف ملك مصر، وقحط الناس، وعم القحط البلاد، أتاه إخوانهم طلبًا للرزق، فعرفهم، وهم لم يعرفوه، فسألهم: كم أنتم؟ قالوا: كنا اثنى عشر إخوة، فذهب أخ معنا إلى البرية – يريدون به يوسف– فهلك فيها، وكان أحبنا إلى أبينا يعقوب، قال: فكم أنتم ههنا؟ قالوا: عشرة، قال: فأين الحادى عشر؟

منعقد على صحة ضمان الدرك.

ثم الأصل[١] أنه يصح تعليقها[٢] بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطًا لوجوب الحق[٣]، كقوله[٤]: إذا استحق المبيع[٥]، أو لإمكان الاستيفاء[٦] مثل قوله: إذا قدم زيد[٧] وهو[٨] مكفول عنه[٩]، أو لتعذر الاستيفاء[١٠] مثل قوله: إذا غاب[١١] عن

قالوا: عند أبينا، لأنه أخ الذى هلك من أمه، فأبونا يتسلى به، فقال: فمن يعلم أن الذى تقولون به حق أو باطل، فأتونى بأخ لكم إن كنتم صادقين، وإنى أوف لكم الكيل وأنا خير المنزلين، فقالوا: إن أبانا لا يتحمل فراقه، لكنا سنراود عنه أباه.

فترخصوا من يوسف، ووصلوا أوطانهم، وقصوا على يعقوب القصة، فقال: لن أرسله معكم حتى تؤتونى ميثاقًا وعهدًا على أنكم توصلونه إلى فإنى لا اعتمد عليكم لأنكم قد فعلتم ما فعلتم بأخيه يوسف، فأعطوه عهدًا موثقًا، وسافروا مع أخى يوسف إلى أن وصلوا إلى ملكه، وقالوا: هذا أخونا الذى أمرتنا أن نأتيك به، فقال: أحسنتم، ثم أنزلهم وأكرمهم، ثم أضافهم، وأجلس كل اثنين منهم على مائدة، فبقى الحادى عشر وهو بنيامين وحيدًا، فبكى، وقال: لو كان أخى يوسف حيًا لأجلسنى معه، فقال يوسف له: لقد بقى أخوكم هذا وحيدًا، فأجلسه معه على مائدته، وجعل يؤاكله.

فلما كان الليل أمر بمثل ذلك، وقال له: إنى أخوك فلا تحزن بما كانوا يعملون، فإن الله تعالى قد أحسن إلينا، ولا تخبرهم شيئًا مما أعلمتك، فقال له بنيامين: أنا لا أفارقك، فقال له يوسف: قد علمت اغتمام والدى بى، فإن حبستك ازداد غمه، ولا يمكننى هذا إلا بعد أن اشهرك بأمر قبيح، قال: لا أبالى، افعل ما بدا لك، قال: فإنى أضع صاعى فى رحلك، ثم أنادى عليك بالسرقة ليتيسر لى ردك عندى. فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية وهى المشربة التى كان يوسف يشربه منها فى رحل أخيه بنيامين، ثم أمر مناديا: أيتها القافلة التى فيها الأحمال أنكم لسارقون، قفوا، فعطفوا على المنادى، وقالوا له: ما ذا تفقدون؟ قالوا: سقاية الملك، ولمن جاء بصواع الملك حمل بعير من الطعام يعطيه الملك، وأنا بإعطاءه زعيم، أى كفيل، فقالوا: والله ما جئنا سارقين، وإنما جئنا جائين مسترزقين. فقال المنادى وأصحابه: ما جزاء السارق منكم إن وجد فيكم؟ قالوا: جزاءه أن يسلم السارق إلى المسروق منه، فيسترقه سنة، وكان ذلك سنة آل يعقوب فى السارق، فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء أخيه نفيًا للتهمة، ثم استخرجها من وعاء أخيه، فأخذه من عندهم، وودع باقى إخوانهم، فبقى بنيامين عند أخيه يوسف مستبشرًا، وترخص الإخوة إلى أبيهم. (مولانا محمد عبد الحليم رحمه الله)

قوله: "قوله تعالى: ولمن جاء إلخ" فالآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، إذ حمل البعير مجهول، وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجىء بالصواع، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار. (ك)

(١٩) قوله: "ولمن جاء به [الصاع] إلخ" الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العيرعن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم: لمن جاء به حمل بعير، يعنى إنما نادى بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له، فقد اشتملت على أمرين، جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب وجوب المال، وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له، وهو لا يستلزم نسخ الآخر. (ف)

(٢٠) بار.

(١) الأمر الكلى.

(٢) الكفالة.

(٣) أى حق المدعى المكفول له على المدعى عليه المكفول عنه.

(٤) قوله: "كقوله: إذا استحق إلخ" فإن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى، ومن هذا القبيل ما فى الآية، فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجىء بالصواع، فإنه سبب وجوب الجعل. (ف)

(٥) فأنا ضامن.

(٦) أى استيفاء الحق.

البلدة[١]، وما ذكر[٢] من الشروط في معنى ما ذكرناه[٣]، فإما لا يصح التعليق[٤] بمجرد الشرط[٥] كقوله: إن هبت الريح[٦]، أو جاء المطر، وكذا[٧] إذا جعل[٨] واحدا منهما[٩] أجلا إلا أنه يصح[١٠] الكفالة[١١]، ويجب المال حالا، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط[١٢] لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق[١٣].

---

(٧) فأنا زعيم.

(٨) قوله: "وهو [الواو حالية] إلخ" إنما قيد بقوله: وهو مكفول عنه، لأنه إذا علق الكفالة بقدوم أجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح، لأن قدوم الأجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه، فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل، كما لو علقه بدخول الدار، ومعنى قوله: باطل، أن الشرط باطل، فأما الكفالة فصحيحة إذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره. (ك)

(٩) فقدومه سبب موصل للاستيفاء منه. (ف)

(١٠) أي استيفاء الحق.

(١١) أي المكفول عنه.

(١) أو هرب، أو مات ولم يدع شيئًا. (ف)

(٢) قوله: "وما ذكر" أي ما بايعت، وما ذاب، وما غصبك.

(٣) من التعليقات بالشرط الملائم.

(٤) قوله: "فإما لا يصح إلخ" فيه أن قوله: لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن المقصود أن الكفالة المعلقة لا يجوز، والجواب أن حاصل كلامه نفي جواز الكفالة المعلقة بهما، والمجموع ينتفي بانتفاء جزءه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة، ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الأجل، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه، والأجل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفاء العارض انتفاء معروضة. (ع)

(٥) أي بشرط مجرد عن الملائمة. (ع)

(٦) فأنا ضامن.

(٧) أي كذا لا يصح الأجل إذا جعل إلخ. (ع)

(٨) قوله: "إذا جعل إلخ" بأن قال: تكفلت إلى أن يمطر السماء، أو تهب الريح. (كفاية)

(٩) هبوب ريح ومجيء مطر.

(١٠) قوله: "إلا أنه يصح إلخ" أي الكفالة تثبت حالة، ويبطل الأجل بخلاف ما لو علقها بهما، نحو إذا هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه، فإن الكفالة باطلة أصلا. فالحاصل أن الشرط الغير الملايم لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل الغير الملايم تصح حالة، ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله: لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق، يقتضي أن في التعليق بغير الملايم يصح الكفالة حالة. وإنما يبطل بالشروط، والمصرح به في "المبسوط"، وفي فتاوى قاضي خان: أن الكفالة باطلة، فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منها عدم ثبوت الحكم في الحال. وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ "المبسوط"، فإنه ذكر التعليق، وأراد التأجيل هذا، وظاهر شرح الإتقان المشي على ظاهر اللفظ فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملايما جاز تعليق الكفالة، ومثل بقوله: إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح، ومجيء المطر لا يصح التعليق، ويبطل الشرط لكن تنعقد الكفالة، ويجب المال، لأن كل ما جاء تعليقه بالشرط لايفسد بالشروط، أصله الطلاق والعتاق. (ف)

(١١) ويبطل الأجل.

(١٢) قوله: "لما صح تعليقها إلخ" المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: ويجب المال حالا، وتقريره أن

فإن قال: تكفلت بمالك عليه، فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت[1] معاينة، فيتحقق ما عليه، فيصح الضمان به، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به؛ لأنه منكر للزيادة[2].

فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك[3] لم يصدق على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه[4]، ويصدق في حق نفسه؛ لولايته عليها[5].

قال[6]: ويجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره[7]؛ لإطلاق ما روينا[8]، ولأنه[9] التزام المطالبة، وهو تصرف[10] في حق نفسه، وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع[11]، إذ هو عند أمره[12]، وقد رضي به[13]. فإن[14] كفل بأمره رجع بما أدى عليه؛ لأنه[15] قضى دينه بأمره[16]، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه؛ لأنه[17] متبرع بأداءه[18].

الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق. (ع)

(١٣) قوله: "كالطلاق والعتاق [أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق]" يبطل ويصح الطلاق والعتاق، بأن قال: أعتقت عبدي، أو قال: طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد. (عيني)

(١) قوله: "كالثابت" ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه، فكذا إذا ثبت بالبينة. (عناية)

(٢) والقول قول المنكر مع اليمين.

(٣) أي مما يعترف به الكفيل.

(٤) أي على الكفيل.

(٥) أي على نفسه.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) بأن يقول: اضمن عني، أو تكفل عني. (ع)

(٨) أي قوله عليه السلام: «الزعيم غارم».

(٩) أي لأن عقد الكفالة.

(١٠) أي هذا الالتزام. (ف)

(١١) أي رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أدى.

(١٢) المكفول عنه.

(١٣) أي حال الأمر.

(١٤) هذا قول القدوري. (عيني)

(١٥)

(١٦) قوله: "لأنه قضى [ومن قضى دين غيره بأمره رجع عليه. ع] دينه بأمره" هذا مقيد بأمرين، أحدهما: أن يكون المطلوب ممن يصح منه الإقرار، فلو كان محجوراً صبياً، وأمر من الكفيل، فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره، ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن. وثانيهما: أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول: اكفل عني، اضمن عني لفلان. (ف)

وقوله: رجع بما أدى، معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه[١] رجع بما ضمن[٢]، لأنه[٣] ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب[٤]، كما إذا ملكه[٥] بالهبة[٦] أو بالإرث[٧]، وكما إذا ملكه المحتال عليه[٨] بما ذكرنا في الحوالة[٩]، بخلاف المأمور[١٠] بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى[١١]، لأنه لم يجب عليه شيء[١٢] حتى يملك الدين بالأداء[١٣]، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل[١٤] الطالب عن الألف على خمسمائة[١٥]، لأنه[١٦] إسقاط[١٧]، فصار كما إذا ابرأ الكفيل[١٨].

---

(١٧) الكفيل.

(١٨) والمتبرع لا يرجع. (م)

(١) قوله: "أما إذا أدى خلافه" كما إذا أدى زيوفًا بدل ما ضمن من الجياد، ويجوز له ذلك، أو بالعكس. (م)

(٢) لا بما أدى.

(٣) أى لأن الكفيل.

(٤) والطالب لم يكن له أن يطالبه، إلا بما فى ذمته، فكذا من نزل منزلته. (م)

(٥) قوله: "كما إذا ملكه [أى الكفيل] بالهبة" بأن يهب من الكفيل المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه، فإن الكفيل يملكه، ويرجع على الأصيل بماضمن. (م)

(٦) قوله: "بالهبة" فإن قيل: ينبغى أن لا يصح هبة الدين من الكفيل، لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار.
أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذن للغير فى قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر، وأذن له فى قبضه جاز استحسانًا، وههنا لما وهب الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب. (ف)

(٧) بأن مات المكفول له ويرثه الكفيل.

(٨) قوله: "وكما إذا ملكه إلخ" أى ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب، وذلك بأن أحال المطلوب على إنسان، ولم يكن على المحتال عليه دين، فأدى المحتال عليه دنانير، وعروضًا عن الدراهم الدين، أو وهب له المحتال له الدين، أو تصدق عليه، أو ورث منه، فإنه يرجع فى ذلك كله على المحيل بالدين، لأنه ملك ما فى ذمته بهذه الأسباب، فيرجع على المحيل بما قبله منه. (ك)

(٩) أى حوالة "كفاية المنتهى". (ف)

(١٠) قوله: "بخلاف المأمور إلخ" جواب دخل مقدر، تقريره: أن الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين، والمأمور يرجع بما أدى، فكذلك الكفيل. (م)

(١١) قوله: "حيث يرجع بما أدى" فلو أدى الزيوف عن الجياد، ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد، لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك، لأن الأمر لم يوجد فى حق الزيادة، فكان تبرعًا بها، فعلى هذا، فقوله: رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح. (م)

(١٢) حيث لم يلتزم المال بالكفالة.

(١٣) فينزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن. (م)

(١٤) حيث يرجع بما أدى وهو خمس مائة، لا بما ضمن وهو الألف.

(١٥) قوله: "على خمس مائة" إنما قيد بقوله: على خمس مائة احتراز عما لو صالح عن جنس آخر من الدنانير أو العروض فى ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الألف التى كفل. (ك)

قال[1] : وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى[2] عنه[3] ؛ لأنه لا يملكه[4] قبل الأداء[5] ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع[6] قبل الأداء[7] ، لأنه انعقد[8] بينهما[9] مبادلة حكمية[10] .

قال[11] : فإن لوزم[12] بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه[13] حتى يخلصه[14] ، وكذا إذا حبس[15] كان له أن يحبسه[16] ؛ لأنه لحقه[17] ما لحقه من جهته ، فيعامله بمثله . وإذا ابرأ الطالب المكفول عنه ، أو استوفى[18] منه برئ الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل[19] . لأن الدين عليه[20] فى الصحيح[21] .

---

(١٦) قوله: "لأنه إسقاط" أى لأن الصلح على أقل من جنس حقه إبراءً للكفيل فيما وراء بدل الصلح، والإبراء إسقاط، فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة. (ك)

(١٧) عن بعض الدين، وليس بمبادلة وإلا لكان ربا.

(١٨) قوله: "كما إذا أبرأ الكفيل" يعنى عن خمس مائة، وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمس مائة، فكذلك إذا صالح على خمس مائة عن الألف لا يرجع. (ف)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الكفيل.

(٣) المكفول عنه.

(٤) أى الكفيل المال.

(٥) والملك هو الموجب للرجوع، ولم يوجد.

(٦) على الموكل بالثمن.

(٧) إلى البائع.

(٨) قوله: "انعقد بينهما مبادلة حكمية" فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل، فكان الوكيل كالبائع، ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن، وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع، فكذا الوكيل. (ف)

(٩) أى بين الوكيل والموكل.

(١٠) ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا فى مقدار الثمن. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل. (عناية)

(١٤) قوله: "حتى يخلصه" أى حتى يخلص المكفول عنه الكفيل، لأن الأصيل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة، فعليه خلاصه عنها. (عينى)

(١٥) الكفيل.

(١٦) إذا كان الكفالة بأمره.

(١٧) الكفيل.

(١٨) دينه.

(١٩) قوله: "توجب إلخ" منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل فى ابتداء الكفالة. فإن براءة الأصيل فيه موجودة، ولم

وإن ابرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه ؛ لأنه[١] تبع[٢]، ولأن عليه[٣] المطالبة[٤]، وبقاء الدين على الأصيل بدونه[٥] جائز[٦].

وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الأصل، لأن التأخير ابراء موقت[٧]، فيعتبر بالإبراء المؤبد[٨]، بخلاف[٩] ما إذا كفل بالمال الحال[١٠] مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل[١١] عن الأصل، لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة، فصار الأجل داخلا فيه[١٢]، أما ههنا[١٣] فبخلافه[١٤]. فإن صالح[١٥] الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة، فقد

توجد براءة الكفيل. قلنا: لا نقض فى ذلك فإنا قلنا: إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ولم يبقَ ذلك كفيلا بل هذا العقد عقد الحوالة. (عناية)

(٢٠) أى على الأصيل. (ف)

(٢١) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين فى ذمة الكفيل. (ك)

(١) أى لأن الكفيل.

(٢) والأصيل لا يتبع تبعه.

(٣) أى على الكفيل. (ف)

(٤) دون الدين. (ف)

(٥) الطلب أو بدون الكفل. (م)

(٦) قوله: "جائز" ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل. (عناية)

(٧) لإسقاط المطالبة إلى غاية. (م)

(٨) قوله: "فيعتبر [أى يقاس] بالإبراء المؤبد" أى فيما بين الأصيل والكفيل، فأما الإبراء الموقت والمؤبد يفترقان فى حق الكفيل، فإن الإبراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده، وأما الإبراء الموقت يرتد برده، ويكون الدين عليه حالا، لأن الإبراء المؤبد إسقاط فى حقه، والإسقاط لا يرتد بالرد، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير المطالبة، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف إلخ" يجوز أن يكون جواب دخل تقريره: لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. (عناية)

(١٠) على الأصيل.

(١١) الدين.

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "أما ههنا" وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل، فبخلافه، لأنه تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة، ثم طرأ التأجيل عن الكفيل، فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة. (ف)

(١٤) قوله: "فبخلافه" لأن تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل، إذ الملتزم بالكفالة المطالبة، فكان تأخيراً للملتزم، فلا يثبت التأخير فى حق الدين، لأن الدين لم يذكر فى معرض التأجيل، وأما فى هذه المسألة ذكر الدين فى معرض التأجيل، أوجب المطالبة عليه ابتداء مؤجلة، ولن يكون عليه مؤجلا ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل فى حق الأصيل، لأن حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الأجل إلا الدين، فيأجل فى حقها. (ك)

برئ الكفيل، والذى عليه الأصيل؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين،[1] وهى على الأصيل، فبرئ[2] عن خمسمائة؛ لأنه[3] إسقاطه، وبراءته[4] توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعًا[5] عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة[6] إن كانت الكفالة بأمره[7]، بخلاف ما إذا صالح[8] على جنس آخر، لأنه[9] مبادلة حكمية، فملكه[10]، فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة[11] لا يبرأ الأصيل، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

قال[12]: ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه[13] بما ضمن له بأمره لأن البراءة التى ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء، فيكون[14] هذا[15] إقرارًا بالأداء[16]، فيرجع. وإن قال[17]: أبرأتك لم يرجع الكفيل[18] على المكفول عنه؛ لأنه[19] براءة لا

---

(١٥) قوله: "فإن صالح الكفيل إلخ" المسألة على أربعة أوجه، إن شرطا براءتهما فى الصلح برئا جميعًا عن خمس مائة، وإن شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرئان جميعًا، وإن شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمس مائة لا غير، وإن لم يشترطا فى الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب: صالحتك عن الألف على خمس مائة، ولم يزد على هذه، وهى مسألة الكتاب برئا جميعًا، لأنه أضاف إلخ. (ك)

(١) ألف دين.

(٢) الأصيل.

(٣) أى هذا الصلح.

(٤) الأصيل.

(٥) أى الأصيل والكفيل.

(٦) لأنه أوفى هذ القدر. (ك)

(٧) وإن كانت بغير أمره لا يرجع.

(٨) عن الألف.

(٩) أى لأن هذا الصلح بجنس آخر. (ف)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "ولو كان صالحه [رب الدين] عما استوجب بالكفالة" أى ما وجب بالكفالة وهى المطالبة، صورته ما ذكر فى "المبسوط" أنه لو صالح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسع مائة، لأن إبراء الكفيل يكون فسخًا للكفالة، ولا يكون إسقاطا لأصل الدين. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) أى معنى قوله: رجع إلخ، رجع بما ضمن الكفيل للمكفول له بأمر المكفول عنه.

(١٤) قوله: "فيكون إلخ" وكان بمنزلة أن يقول: دفعت إلى من المال، وقبضته منك وهو إقرار بالقبض، فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل، ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل. (ك)

(١٥) أى قوله: برئت إلى.

(١٦) أى الإيفاء.

(١٧) الطالب.

تنتهي إلى غيره، وذلك[١] بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء، ولو قال: برئت[٢]، قال محمد رحمه الله: هو مثل الثاني[٣]؛ لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه[٤] والإبراء[٥]، فيثبت الأدنى[٦]، إذ لا يرجع الكفيل بالشك[٧].

وقال أبو يوسف رحمه الله[٨]: هو مثل الأول[٩]، لأنه[١٠] أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب[١١]، وإليه الإيفاء[١٢] دون الإبراء[١٣]. وقيل: في جميع ما ذكرنا[١٤] إذا كان الطالب حاضراً[١٥] يرجع في البيان[١٦] إليه[١٧] لأنه هو المجمل[١٨].

قال[١٩]: ولا يجوز[٢٠] تعليق البراءة من الكفالة بالشرط[٢١]؛ لما فيه من معنى

---

(١٨) لكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل. (عناية)

(١٩) أي لأن ما دل عليه اللفظ براءة إلخ. (ع)

(١) أي هذه البراءة الغير المنتهية إلى غير الطالب.

(٢) ولم يقل: إليّ.

(٣) أي قوله: أبرأتك.

(٤) طالب.

(٥) الإسقاط.

(٦) أي البراءة بالإبراء.

(٧) قوله: "إذ لا يرجع إلخ" يعني إنا تيقنا بحصول البراءة بأي الأمرين كان، وشككنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع، وإن كانت بالإبراء لم يرجع، فلا يرجع بالشك. (عناية)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة، وكان المصنف اختاره، فأخره، وهو أقرب الاحتمالين، فالمصير إليه أولى. (عناية)

(٩) أي قوله: برئت إلي.

(١٠) أي لأن الطالب.

(١١) قوله: "ابتداءها من المطلوب" فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل: قمت، وقعدت. (عناية)

(١٢) قوله: "وإليه الإيفاء" لأنه يضع المال بين يدي الطالب، ويخلي بينه وبين المال، فيقع البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صنع. (ع)

(١٣) فإن الإبراء لا يوجد بفعل الكفيل.

(١٤) من الوجوه الثلاث.

(١٥) وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة. (ع)

(١٦) أنه قبض أو لم يقبض. (ف)

(١٧) أي إلى الطالب.

(١٨) قوله: "هو المجمل" والمراد بالمجمل ما يحتاج إلى تأويل، ويحتمل المجاز، وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله: برئت إلي معنى لأني أبرأتك، لا حقيقة المجمل، يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً، لإزالة الاحتمالات خصوصاً إذا كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء. (ف)

التمليك[1]، وكما في سائر البراءات، ويروى[2] أنه[3] يصح، لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح، فكان[4] إسقاطًا محضًا[5] كالطلاق[6]، ولهذا[7] لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل[8].

وكل حق لا يمكن[9] استيفاءه من الكفيل لا يصح[10] الكفالة به كالحدود والقصاص[11]، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد[12]، لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا[13] لأن العقوبة[14] لا يجرى فيها النيابة[15]. وإذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز[16]؛ لأنه[17] دين[18] كسائر الديون[19]، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح؛

---

(١٩) أى القدورى. (عينى)

(٢٠) قوله: "ولا يجوز إلخ" يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال لرب المال: على أنى إن وافيت به غداً فأنا برئ من المال، فوافاه به يبرأ من المال. وجوابه: أن هذا شرط ملائم، وكلام الكتاب فى الشرط الغير الملايم، وأن الغرض أن فيه روايتين، وهذا الفرع شاهد لأحدهما، فلا إشكال، كذا فى "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢١) مثل أن يقول: إذا جاء غداً فأنت برئ من الكفالة. (عناية)

(١) قوله: "لما فيه من معنى التمليك [وليست بإسقاط محض. ع]" وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر، وكذا على قول غيره، لأن فيها تمليك المطالبة، وهى كالدين، لأنها وسيلة إليه، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط. (ك)

(٢) وهو أوجه. (ف)

(٣) أى أن هذا التعليق.

(٤) الإبراء.

(٥) والإسقاط المحض يصح تعليقه. (ع)

(٦) فإنه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط.

(٧) أى لكونه إسقاطًا محضًا.

(٨) فإنه يرتد بالرد.

(٩) قوله: "لا يمكن إلخ" أى لا يصح شرعًا عبر عنه بعدم الإمكان مبالغة فى نفى الصحة. (ع)

(١٠) حيث لا يصح الاستيفاء منه. (ع)

(١١) أى كنفس الحدود ونفس القصاص. (ف)

(١٢) فإن الكفالة بنفس من عليه مر.

(١٣) أى التعذر.

(١٤) قوله: "لأن العقوبة لا يجرى إلخ" وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجانى بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود به كما ترى بعض المنهمكين يعودون إلى الجناية، وإن كان الثانى فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا فى الحدود، وأما فى القصاص فالأول منتف قطعًا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لامحالة، والثانى كما فى الحد، ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرد من أحد من أهله خلاف فى عدم جريانها فى العقوبات، فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً فى المسلمات، وهو غير مسموع. (عناية)

(١٥) لأنه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر. (ك)

لأنه عين مضمون بغيره[1] وهو الثمن[2]، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن[3] كانت تصح عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله[4] لكن بالأعيان[5] المضمونة بنفسها[6] كالمبيع

(١٦) الكفالة.

(١٧) الثمن.

(١٨) صحيح.

(١٩) قوله: "كسائر الديون" وعلى هذا يكون ذكره تمهيدًا لذكرالكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. (عناية)

(١) قوله: "لأنه عين مضمون إلخ" أما الأعيان المضمونة على نوعين، الأول ما كان مضمونًا بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت قائمة، ورد قيمتها، أو مثلها إن هلكت، فتصح الكفالة بها. والثاني ما كان غير مضمون بنفسه، بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن، لأن المبيع مضمون بالثمن إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك، ينفسخ البيع، والرهن مضمون بالدين بقدره، فلا تصح الكفالة بها. (عيني)

(٢) قوله: "وهو الثمن [ولا يمكن أداءه من الكفيل إذا هلك فإنه إذا هلك العين يسقط الثمن] إلخ" وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء، وإنما يسقط حقه في الثمن، وإذا كان المبيع مضمونًا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة، إذ هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، ولا يتحقق الضم بين المختلفين، فإن ما ثبت على الأصيل، وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن إثباته في حق الكفيل، وما أمكن إثباته على الكفيل من كونه مضمونًا عليه بالقيمة لا يمكن إثباته على الأصيل. بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها، ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الإيجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الأصيل. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "خلافًا للشافعي إلخ" إذ الشافعية منعت الكفالة بالأعيان مطلقًا بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة، فكان محلها الدين دون العين، وإن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده، وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناءً على أصلنا: إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونًا على الأصيل لا محالة. (عناية)

(٥) قوله: " لكن بالأعيان المضمونة بنفسها إلخ" ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائمًا، وتسليم قيمته أو ثمنه عند الهلاك، لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أنه يجب قيمتها عند الهلاك، وما لم يجب قيمته، أو ثمنه عند الهلاك فهو مضمون بغيره. (عناية)

قوله: "لكن بالأعيان المضمونة إلخ" يعني أن الكفالة بالأعيان المضمونة عندنا صحيحة لكن لا مطلقًا بل إذا كانت الأعيان مضمونة بقيمتها، بأن تكون بحيث لو فقدت وجب قيمتها كالمبيع بيعًا فاسدًا، فإنه مضمون بالقيمة، حتى لو هلك يجب القيمة لا الثمن، فتصح الكفالة به، وكالمقبوض على سوم الشراء، فإنه مضمون بقيمته، حتى لو هلك في يد من أخذه على سوم الشراء يجب القيمة عليه لا ثمنه، لأنه لم يتم البيع، فالكفالة تصح به بأن يكفل أحد لصاحب المال عمن يأخذه على سوم الشراء. وكالمغصوب فإنه مضمون بالقيمة إذ هلك عند الغاصب، فتصح الكفالة به، وقس عليه نحو هذه الصور، فإن كانت الأعيان مضمونة بغير القيمة كالمبيع فإنه مضمون بالثمن لا بالقيمة، حتى لو هلك في يد البائع لا يجب إلا رد الثمن لا أداء قيمته، وكالمرهون فإنه مضمون بالدين، حتى لو هلك يحكم بالتقاضي بينه وبين الدين على ما يأتي تفصيله في كتاب الرهن، فحينئذٍ لا تصح الكفالة، فلو كفل أحد بالمبيع، أو بالمرهون لم تصح، لأن ثمرة الكفالة وجوب بدل المكفول به عند فقدانه، وههنا ذلك غير مضمون بقيمته، بل بشيء آخر وهو لا يجب على الكفيل. واحترز بقيد المضمونة عن الأعيان التي هي أمانة، كالوديعة عند رجل، فإنه لو هلك في يد المودع لم يجب شيء، وكالمستعار، فإنه لو هلك في يد المستعير لا شيء عليه، وكالمستأجر، فإنه لو هلك في يد المستأجر من غير تعد منه لم يجب شيء على ما يأتي في كتاب الإجارة، وكمال المضاربة ومال الشركة فإنه أمانة في يد من هو في يده.

بيعًا فاسدًا، أو المقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا[1] بما كان مضمونًا بغيره كالمبيع والمرهون، ولا[2] بما كان[3] أمانة كالوديعة والمستعار، والمستأجر، ومال المضاربة، والشركة، ولو كفل بتسليم المبيع[4] قبل القبض[5]، أو بتسليم[6] الرهن[7] بعد القبض إلى الراهن، أو بتسليم المستأجر[8] إلى المستأجر جاز؛ لأنه التزم فعلا واجبًا[9].

ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت[10] بعينها لا يصح الكفالة بالحمل؛ لأنه[11] عاجز عنه[12]، وإن كانت[13] بغير عينها جازت الكفالة؛ لأنه يمكنه[14] الحمل

فهذه الأشياء وأمثالها لا تصح الكفالة لفقدان ثمرة الكفالة، لأن الغرض منها أداء عين، وعند عدمه أداء بدله، وههنا لا يجب شيء بهلاك هذه الأشياء، فلا يتصور معنى الكفالة ههنا، أى ضم الذمة بالذمة.

فإن قلت: ثمرة الكفالة تظهر عند وجود هذه الأشياء وهو أنه كما أن رد هذه الأشياء على من هى فى يده واجب كذلك يجب على الكفيل، قلت: هذا جزء الثمرة، والثمرة هو أداء عينه، أو بدله، وأداء البدل ههنا مفقود، فلو صحت الكفالة لزم عدم مساواة الكفيل والمكفول عنه، لوأوجبنا البدل على الكفيل، لأنه غير واجب على الأصيل، والكفالة إنما يكون بإيجاب ما على الأصيل على الكفيل، وإذ ليس فليس، فافهم. (مولانا محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) أى بقيمتها. (ك)

(١) أى لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٢) أى لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٣) أى غير مضمونة.

(٤) قوله: "بتسليم [أى بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها] المبيع [إلى المشترى] إلخ" فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل، لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك، لأن حين الرهن إن كان بمقدار الدين، أو زائدا عليه، والزيادة عليه من ماليته كان أمانة فى يد المرتهن، ولا ضمان فيها. (م)

(٥) أى قبل قبض المشترى، وبعد نقد الثمن.

(٦) قوله: "أو بتسليم الرهن إلخ" أى كفل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين. (ك)

(٧) أى المرهون.

(٨) قوله: "أو بتسليم المستأجر إلخ" ما كان أمانة، فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة، ومال المضاربة والشركة، فإن الواجب عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وإن كان واجب التسليم كالمستأجر إذا ضمن رجل بتسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة، وعجل الآخر، ولم يقبضها، وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة، وعلى الكفيل تسليمها ما دامت حية، فإن هلكت فليس على الكفيل شيء، لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصل عن كونه مطالبًا بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر، والكفيل ما كفل به. (م)

(٩) قوله: "لأنه التزم فعلا [على الأصيل، وهو تسليم المبيع، أو المرهون، أو المستأجر] واجبًا" إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم، وما لا يكون كما فصلنا. (م)

(١٠) الدابة.

(١١) قوله: "لأنه" أى الكفيل عاجز عنه، أى عن الحمل على الدابة المعينة، لأن الدابة المعينة ليست فى ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة. (م)

(١٢) لأنه لا ولاية له على الحمل على دابة غيره. (ك)

على دابة نفسه، والحمل هو المستحق، وكذا من استأجر عبداً[1] للخدمة، فكفل له رجل بخدمته فهو باطل؛ لما بينا[2].

قال: ولا تصح[3] الكفالة[4] إلا بقبول المكفول له في المجلس[5]، وهذا عند أبي حنيفة[6] ومحمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله[7]: يجوز إذا بلغه[8] فأجاز، لم يشترط[9] في بعض النسخ[10] الإجازة[11]، والخلاف[12] في الكفالة بالنفس والمال جميعًا. له: أنه[13] تصرف التزام[14]، فيستبد[15] به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه[16]، ووجه[17] التوقف[18] ما ذكرناه[19] في الفضولي في النكاح،

---

(١٣) الدابة.

(١٤) الكفيل.

(١) بعينه. (ع)

(٢) من أنه عاجز عما كفل به. (ع)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) بالمال أو النفس.

(٥) أي مجلس عقد الكفالة.

(٦) ويوافقه أبو يوسف في القول الأول.

(٧) آخراً.

(٨) الخبر.

(٩) على قول أبي يوسف، كذا في الباب الأول من كفالة "المبسوط".

(١٠) قوله: "في بعض النسخ" أي نسخ كفالة "المبسوط"، وفيه: أن نسخ كفالة "المبسوط" لم تتعدد، وإنما هي نسخة واحدة، فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض، أو زيادة في آخر.

وذكر في "الإيضاح": وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ "المبسوط". (عناية)

(١١) فرضاً الطالب ليس بشرط عنده.

(١٢) بين الطرفين وأبي يوسف.

(١٣) الكفالة.

(١٤) كالنذر.

(١٥) يستقل.

(١٦) التي لم تشترط الإجازة فيها. (ع)

(١٧) أبي يوسف.

(١٨) على الإجازة. (عناية)

(١٩) قوله: "ما ذكرناه" هو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف، وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس، فإذا تزوج الفضولي امرأة يتوقف عند أبي يوسف على إجازتها فيما وراء المجلس، لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد. (عيني)

ولهما: أن فيه[١] معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه[٢]، فيقوم[٣] بهما جميعًا، والموجود شطره[٤]، فلا يتوقف على ما وراء المجلس[٥].

قال[٦]: إلا في مسألة واحدة[٧]، وهي أن يقول المريض[٨] لوارثه: تكفل عني بما علي من الدين، فكفل[٩] به مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن ذلك[١٠] وصية[١١] في الحقيقة، ولهذا[١٢] تصح[١٣] وإن[١٤] لم يسمِّ المكفول لهم[١٥]، ولهذا[١٦] قالوا[١٧]: إنما تصح[١٨] إذا كان له مال[١٩]. أو يقال[٢٠]: إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه[٢١] تفريغًا

---

(١) أي في عقد الكفالة. (ع)

(٢) الطالب أي من الكفيل.

(٣) قوله: "فيقوم" أي التمليك بهما، أي بالكفيل والطالب، ولا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول. (مل)

(٤) لا كله عقد، فإن كلام الواحد شطر العقد، والتمليك بالشطرين.

(٥) قوله: "فلا يتوقف [الشطر] إلخ" هذا يقتضي أنه لو تم عقد بقبول فضولي آخر توقف، وقد صرح بذلك عنهما، قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ فقوله: في وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضرًا، فينفذ، ويقبل عنه فضولي إذا كان غائبًا، فيتوقف على إجازته أو رده. (ف)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "إلا في مسألة إلخ" استثناء من قوله: إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد، أي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له ههنا عندهما لكن هو جواب الاستحسان، وأما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسألة أيضًا، لأن الطالب غير حاضر، فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته، أو لغيرهم لم يصح، فكذلك ههنا. (ك)

(٨) المديون.

(٩) الوارث.

(١٠) قوله: "لأن ذلك إلخ" كأنه أوصى إليه بقضاء ديونهم، فيشترط قبول من أوصى، إليه ليصير وصيًا لا قبول غيره. (عيني)

(١١) قوله: "وصية في الحقيقة" أي فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة، والمرض في ذلك، وقد ذكر في "المبسوط" أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة. (ف)

(١٢) أي لأجل أنه وصية.

(١٣) هذه الكفالة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة. (ع)

(١٦) أي لأجل أنه وصية.

(١٧) قوله: "قالوا" أي المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا. (ف)

(١٨) أي هذه الكفالة.

(١٩) عند الموت.

(٢٠) أي في صحة قول المريض لوارثه: تكفل عني إلخ.

لذمته[١]، وفيه[٢] نفع الطالب[٣]، كما إذا حضر بنفسه[٤]، وإنما يصح بهذا اللفظ[٥]، ولا يشترط القبول[٦]، لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة، فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض[٧] ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه[٨]. قال[٩]: وإذا مات الرجل[١٠] وعليه ديون، ولم يترك شيئاً[١١]، فتكفل عنه رجل[١٢] للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تصح ؛ لأنه كفل بدين ثابت[١٣] لأنه وجب[١٤] لحق الطالب، ولم يوجد

---

(٢١) أي إلى القيام مقامه.

(١) أي عن الدين.

(٢) كفالة.

(٣) وهو وصول حقه إليه. (ك)

(٤) قوله: "كما إذا حضر [أي الطالب] إلخ" أي فصار كما إذا حضر الطالب، وقال للوارث: تكفل عن أبيك لي. (ك)

(٥) قوله: "وإنما يصح إلخ" دفع دخل، تقريره: أن المريض لما قام مقام الطالب ينبغي أن يشترط قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة الكفالة بدون قبول المكفول له، وهل هذا القول إلا كقول المشترى لرجل، بعني فلما قال: بعت لا ينعقد البيع إلا إذا قال المشترى: قبلت، فكذا هذا. وتوضيح الدفع أنه يصح الكفالة بهذا اللفظ، أي قول المريض، لأنه يريد المريض لوارثه تكفل عني إلخ، ولا يشترط قبول المريض، لأنه يريد المريض بهذا القول تحقيق الكفالة تخليص نفسه من الديون دون المساومة، فإن ظاهر الحالة التي هو عليها وهي حالة الموت تدل ظاهرا على قصده إلى التحقيق دون المساومة، فقوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلت الكفالة، فصار الأمر ههنا كالأمر بالنكاح فيما لو قال رجل لامرأة: زوجني نفسك، فقالت: زوجت. فهذا بمنزلة قولهما: تزوجت، وقبلت، فإن النكاح لا يجرى فيه المساومة، وهذا بخلاف البيع، فإنه يجرى فيه المساومة. ثم اعلم أنه تعقبه في العناية بأن ظاهر قوله: ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة، وهو مناسب للاستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) أي قبول المريض. (ك)

(٧) قوله: "ولو قال إلخ" أي إذا قال المريض لأجنبي: تكفل عني بما على من الدين، ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ، فمنهم من لم يصحح ذلك، لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه، لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام، فكان المريض والصحيح في حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض.
ومنهم من صححه، لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته، فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائماً مقام الطالب، لتضيق الحال عليه بمرض الموت، كما تقدم، ومثل هذا لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس، أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآجر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح. (عناية)

(٨) والأوجه هو الصحة، كذا في "فتح القدير".

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) مفلساً.

(١١) ولم يكن عنه كفيل. (ع)

(١٢) وارثًا كان أو أجنبيًا. (ع)

المسقط[١]، ولهذا[٢] يبقى في حق أحكام الآخرة[٣]، ولو تبرع به[٤] إنسان يصح[٥]، وكذا يبقى[٦] إذا كان به[٧] كفيل، أو مال[٨].

وله: أنه كفل بدين ساقط[٩]، لأن الدين هو الفعل حقيقة[١٠]، ولهذا يوصف بالوجوب[١١]، لكنه في الحكم مال[١٢]، لأنه يؤول إليه في المآل، وقد عجز بنفسه وبخلفه[١٣]، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورةً[١٤]، والتبرع لا يعتمد قيام الدين[١٥]، وإذا كان به كفيل[١٦]، أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باقٍ.

---

(١٣) صحيح، لأنه المفروض. (ع)

(١٤) في حياته. (ف)

(١) قوله: "ولم يوجد المسقط [للدين]" إذ المفروض عدم ابراء من له الحق، وأداء من عليه، فسخ سبب الوجوب. (ع)

(٢) أي لأجل عدم المسقط.

(٣) أي في حق الإثم. (ك)

(٤) أي بأداء هذا الدين.

(٥) قوله: "يصح" ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع. (عناية)

(٦) قوله: "وكذا يبقى إلخ" أي لو كان بالدين كفيل بقي على كفالته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل. (ك)

(٧) أي بهذا الدين.

(٨) ويبقى الكفيل على كفالته.

(٩) لأن محل الدين قد فات، وقيام الدين من غير المحل محال.

(١٠) قوله: "هو الفعل حقيقة" يعني أن المقصود والفائدة الحاصلة من الدين هو الفعل، أي فعل الأداء، يعني تمليك المال وتسليمه. (مل)

(١١) قوله: "ولهذا [أي لكون الدين هو الفعل] يوصف بالوجوب" يقال: دين واجب، والوجوب صفة الأفعال دون الأعيان، إذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والإثم على الإخلال به، وهذا إنما يتصور في الأفعال دون الأعيان، لأن الأعيان لا تدخل تحت قدرة العباد، فلا يتصور الإخلال بتحصيلها منهم، ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال وتمليكه. (ك)

(١٢) قوله: "لكنه في الحكم إلخ" دفع دخل مقدر، تقريره: أن المال أيضًا يوصف بالوجوب، يقال: على فلان ألف درهم ثمن بيع، أو ضمان استهلاك، وحاصل الدفع أن الدين في الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل، أي الأداء في الخارج ليس إلا بتمليك طائفه من المال، فاتصاف المال بالوجوب لأن الدين يؤول إلى المال في المآل، فكان وصفًا مجازيًا. (مل)

(١٣) أي الكفيل.

(١٤) قوله: "فيسقط [في الدنيا] ضرورة" لأن كل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما يكون بنفسه وبخلفه، وهما معدومان. (عناية)

(١٥) قوله: "والتبرع [أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل. ك] لا يعتمد قيام الدين" فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم، وأنا كفيل به صحت الكفالة، وعليه أداءه، وإن لم يوجد الدين أصلا، وأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق، لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقيًا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير. (ع)

جـ5
21
B

قال[١]: ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره، فقضاه الألف[٢] قبل أن يعطيه[٣] صاحب المال، فليس له أن يرجع فيها[٤]؛ لأنه تعلق به[٥] حق القابض[٦] على احتمال قضاءه الدين، فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال[٧] كمن عجل[٨] زكاته[٩]، ودفعها[١٠] إلى الساعي[١١]، ولأنه ملكه[١٢] بالقبض على ما نذكر[١٣]، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة[١٤]، لأنه تمحض أمانة في يده.

وإن ربح الكفيل فيه[١٥] فهو له لا يتصدق به؛ لأنه ملكه[١٦] حين قبضه[١٧]، أما

---

(١٦) قوله: "وإذا كان إلخ" جواب عن قولهما: وكذا يبقى إلخ. بيانه أن القدرة شرط الفعل، إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل، أو له مال، وإن انتفى القادر فخلفه، وهو الكفيل، أو المال في حق بقاء الدين باقٍ.

وقوله: أو الإفضاء إلى الأداء ننزل، أي الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين، فالإفضاء إلى الأداء لوجودهما باقٍ، بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر، وتقديره: فخلفه وهو الكفيل، أو الإفضاء، أي ما يفضي إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة إما نفس القادر أو خلفه، أو ما يفضي إلى الأداء. (م)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "فقضاه إلخ" أي دفع المال المطلوب إلى الكفيل على وجه القضاء بأن قال له: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه. (ك)

(٣) الألف.

(٤) أي في الألف المدفوع.

(٥) الألف.

(٦) الكفيل.

(٧) قوله: "ما بقي هذا الاحتمال" أي ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده، لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيًا، لئلا يكون سعيًا في نقض ما أوجبه. (م)

(٨) قوله: "كمن عجل زكاته إلخ" تعلق بالمقبوض حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل، فلم يجز استرداده شرعًا ما بقي هذا الاحتمال. (ف)

(٩) فليس له أن يسترده.

(١٠) قبل الحول.

(١١) هو الذي يتولى أخذ الزكاة.

(١٢) الألف.

(١٣) قوله: "على ما نذكر" يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: لأنه ملكه حين قبضه إلخ. (ف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة" بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المال، وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكًا للكفيل بل هو أمانة في يده، فله الاسترداد، كذا قال أبو الليث. (ك)

(١٥) الألف.

(١٦) الألف والربح الحاصل من ملكه طيب. (م)

(١٧) الألف.

إذا قبض الدين فظاهر[١]، وكذا[٢] إذا قضى المطلوب[٣] بنفسه، وثبت له حق الاسترداد[٤]، لأنه[٥] وجب له[٦] على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا[٧] أنه أخرت المطالبة[٨] إلى وقت الأداء[٩]، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا[١٠] لو أبرأ الكفيل المطلوب[١١] قبل أداءه[١٢] يصح[١٣]، فكذا إذا قبضه[١٤] يملكه[١٥]، إلا أن فيه نوع خبث نبينه[١٦]، فلا يعمل[١٧] مع الملك فيما لا يتعين[١٨]، وقد قررناه في

---

(١) أنه يملك الألف.

(٢) أي يملكه الكفيل.

(٣) أي الأصيل أدى الدين بنفسه.

(٤) من الكفيل.

(٥) قوله: "لأنه وجب إلخ" توجيهه أنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل، إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب، فلا ينافي ذلك، فيكون الواجب عند الكفالة، دينين وثلث مطالبات دين، ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ومطالبة فقط على الكفيل.

بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ودين ومطالب للكفيل على الأصيل إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء، فيكون دين الكفيل مؤجلا، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء، فإن قيل: فما معنى قوله: فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل. قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلا ملكه، فكذا ههنا. (ع)

(٦) بمجرد الكفالة. (ف)

(٧) استثناء من قوله: لأنه وجب له على إلخ.

(٨) أي مطالبة الكفيل الأصيل.

(٩) أي أداء الكفيل.

(١٠) أي لأجل تنزيله منزلة الدين.

(١١) أي عن الدين.

(١٢) أي أداء الكفيل للطالب.

(١٣) فلا يرجع على الأصيل وإن أدى.

(١٤) الألف.

(١٥) الألف.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء منقطع. ف] أن إلخ" لما كان يرد أن في هذا الربح الحاصل للكفيل بتصرف في المقبوض، وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث، فينبغي أن يتصدق به، لأن حق المال الخبيث التصدق به، فقال: إلا أن فيه نوع خبث، أي على قول أبي حنيفة نبينه، أي في مسألة الكفالة بالكر، وهو قوله: في تعليل قول أبي حنيفة، وله أن تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد إلخ. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا في قولهم جميعا، وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة، ومحمد، لأنه من أصل خبيث في قول أبي يوسف يطيب، لأن الخراج بالضمان، وأصله المودع إذا تصرف في الوديعة ربح فيه فإنه على الاختلاف. (مل)

(١٧) الخبث.

البيوع[١]. ولو كانت الكفالة بكر حنطة، فقبضها[٢] الكفيل، فباعها، وربح فيها فالربح له في الحكم[٣]؛ لما بينا أنه ملكه[٤]، قال[٥]: وأحب إلى أن يرده[٦] على الذى قضاه الكر[٧]، ولا يجب[٨] عليه فى الحكم، وهذا[٩] عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو[١٠] له، ولا يرده[١١] على الذى قضاه[١٢]، وهو[١٣] رواية عنه، وعنه[١٤] أنه يتصدق[١٥] به[١٦]. لهما: أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه[١٧]، فيسلم[١٨] له.

وله: أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه[١٩] بسبيل من الاسترداد[٢٠] بأن يقضيه[٢١] بنفسه، أو لأنه[٢٢] رضى به[٢٣] على اعتبار قضاء[٢٤] الكفيل، فإذا قضاه[٢٥]

---

(١٨) وهو الألف التى قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين. (ف)

(١) فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد. (ع)

(٢) أى من الأصيل قبل أن يؤدى إلى الطالب. (عناية)

(٣) أى القضاء. (ع)

(٤) أى ملك الكر. (ف)

(٥) أى أبو حنيفة. (عينى)

(٦) الربح.

(٧) أى الأصيل.

(٨) الرد.

(٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" ولا شك أن ضمير قال لأبى حنيفة، فقوله: وهذا عند أبى حنيفة فى رواية "الجامع الصغير" إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال. (ف)

(١٠) الربح.

(١١) ولا يتصدق به. (ع)

(١٢) أى الأصيل.

(١٣) أى قولهما رواية عن الإمام فى كتاب البيوع من الأصل.

(١٤) الإمام.

(١٥) وهذه رواية كتاب الكفالة من الأصل.

(١٦) الربح.

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه وجب له على المكفول عنه إلخ.

(١٨) الربح.

(١٩) أى الأصيل.

(٢٠) قوله: "بسبيل من الاسترداد" وإذا كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر، وأن لا يقر، ومثل ذلك قاصر، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. (ع)

(٢١) الكر.

بنفسه لم يكن راضيا به، وهذا الخبث[١] يعمل فيما يتعين[٢]، فيكون سبيله[٣] التصدق فى رواية، ويرده عليه[٤] فى رواية، لأن الخبث لحقه[٥]، وهذا[٦] أصح[٧] لكنه استحباب[٨] لا جبر[٩]، لأن الحق له[١٠].

قال[١١]: ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً[١٢]، ففعل فالشراء للكفيل، والربح الذى ربحه البائع فهو عليه[١٣]، ومعناه[١٤]

---

(٢٢) قوله: "أو لأنه [أى الأصيل] رضى إلخ" الوجه أن يعطف بالواو، فإنهما وجهان، لا أن الوجه أحدهما. (ف)

(٢٣) أى يكون المدفوع ملكًا للكفيل. (ع)

(٢٤) الدين.

(٢٥) الأصيل.

(١) الذى مع الملك.

(٢) كغير النقود.

(٣) الربح.

(٤) أى على الأصيل.

(٥) أى لحق الأصيل لا لحق الشرع. (ف)

(٦) الرد.

(٧) من التصدق.

(٨) قوله: "لكنه استحباب" لأنه لو كان الملك صحيحًا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجابًا ولا استحبابًا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا، فإن كان صحيحًا من وجه، فاسدًا من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابًا لا إيجابًا توفيرًا على الشبهين حظهما، فإذا رده إلى المالك إن كان فقيرًا طاب له، وإن كان غنيًا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له، لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه، وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة، فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد، وطاب عند أبى يوسف لما عرف. (ك)

(٩) قوله: "لا جبر" واعلم أنه تقرر فى هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم، فقال أولا: أحب أن يرده إلى، ولا يجب فى الحكم، أى فى القضاء، وثانيا أنه استحباب لا جبر، يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبر القاضى، ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحب فى القضاء، غير مجبور عليه. (ف)

(١٠) لأن الملك للكفيل. (ف)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) قوله: "فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً" أى يشترى له حريراً بطريق العينة، وهو أن يشترى له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن بغير البائع، فيشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشترى المديون، فيسلم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل.

وإنما وسط الثانى تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض من تاجر إلخ، فلا يصح ههنا، إذ ليس المراد من قوله: تعين لى حريراً، اذهب فاستقرض، فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه. (ف)

(١٣) كفيل لا على الأصيل. (ع)

الأمر ببيع العينة[(١)] مثل أن يستقرض من تاجر عشرة[(٢)]، فيتأبى[(٣)] عليه، ويبيع منه ثوبًا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة[(٤)] ليبيعه[(٥)] المستقرض بعشرة، ويتحمل[(٦)] عليه خمسة سمى به[(٧)] لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه[(٨)] لما فيه[(٩)] من الإعراض عن مبرة[(١٠)] الإقراض مطاوعة[(١١)] لمذموم البخل[(١٢)]. ثم قيل: هذا ضمان[(١٣)] لما يخسر المشترى[(١٤)] نظرًا إلى قوله: على[(١٥)]، وهو فاسد[(١٦)]، وليس بتوكيل[(١٧)]، وقيل: هو توكيل[(١٨)] فاسد[(١٩)]، لأن

---

(١٤) أى معنى قوله: فأمره الأصيل أن يتعين إلخ.

(١) قوله: "الأمر [أى أمره بأن يشترى عليه حريرًا ببيع العينة] ببيع العينة [أى يعامل إنسانًا بطريق العينة. ع]" أى النسيئة والعينة السلف، ويقال: باعه بعينة، أى نسيئة كذا فى "المغرب"، أى معنى قوله يتعين عليه حريرًا اشتر لى حريرًا بعينة، ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (ك)

(٢) قوله: "مثل أن يستقرض إلخ" هذه صورة بيع العينة، فيقول له: أبيعك هذا الثوب، وقيمته عشرة باثنى عشر، لتبيعه فى السوق بعشرة، فيحصل لى ربح درهمين. (ك)

(٣) أى يمتنع التاجر من أن يقرضه.

(٤) أى طمعًا فى الفضل الذى لا يناله المقرض بالقرض.

(٥) الثوب.

(٦) مستقرض.

(٧) هذا البيع أى ببيع العينة.

(٨) قوله: "وهو [بيع العينة] مكروه [اخترعه آكلة الربا. ك] إلخ" وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة. (ع)

(٩) قوله: "لما فيه إلخ" وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع، لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد: هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم، وقد ذمهم رسول الله ﷺ، فقال: إذا تبايعتم بالعين، واتبعتم أذناب البقرة ذللتم، وظهر عليكم عدوكم. (ف)

(١٠) نيكى.

(١١) فرمان بردارى كردن. (م)

(١٢) أى للبخل المذموم.

(١٣) قوله: "هذا [أى قوله: أن يتعين عليه إلخ] ضمان إلخ" ومعنى الضمان ههنا أن يقول المديون للضامن: اشتر لى ثوبًا لتبيعه فى السوق، فتقضى بثمنه الدين، فإن أمكنك أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت، وإن لم يكن لك إلا بالخسران فذلك على. (ك)

(١٤) الكفيل.

(١٥) فإنه كلمة ضمان. (ع)

(١٦) قوله: "وهو فاسد" لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد، فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر: بع متاعك فى هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك. (ع)

(١٧) لأنه لم يقل: تعين لى بل قال يتعين على وهى ليست بكلمة الوكالة.

الحرير غير متعين[١]، وكذا الثمن غير معلوم[٢] لجهالة ما زاد على الدين، وكيف ما كان[٣] فالشراء للمشترى[٤]، وهو الكفيل، والربح أى الزيادة عليه، لأنه العاقد.

قال[٥]: ومن كفل عن رجل بما ذاب[٦] له عليه، أو بما قضى له[٧] عليه، فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل، بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بينته؛ لأن المكفول به مال مقضى به[٨]، وهذا فى لفظة القضاء[٩] ظاهر، وكذا فى الأخرى[١٠]، لأن معنى ذاب تقرر، وهو[١١] بالقضاء، أو مال يقضى به[١٢]، وهذا[١٣] ماض أريد به[١٤] المستأنف[١٥]، كقوله: أطال الله بقاءك، والدعوى[١٦] مطلقة[١٧] عن ذلك، فلا تصح.

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره، فإنه يقضى به[١٨]

---

(١٨) لأنه أخرج الكلام مخرج الوكالة. (ك)

(١٩) قوله: "هو توكيل" نظراً إلى قوله: تعين يعنى اشتره بعينة ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (٤)

(١) فإنه أجناس مختلفة، ولم يعلم مقداره.

(٢) قوله: "وكذا الثمن غير معلوم" فإن قيل: الدين معلوم، والمأمور به هو مقداره، فكيف يكون الثمن مجهولا، أجاب بقوله: لجهالة ما زاد إلخ، فإنه داخل فى الثمن. (٤)

(٣) أى سواء كان توكيلا، أو ضماناً.

(٤) لفساد الكفالة والوكالة. (٤)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى وجب.

(٧) من الحق.

(٨) أى وقع القضاء به قبل الكفالة.

(٩) أى فى قوله: بما قضى له إلخ.

(١٠) أى قوله: ما ذاب له.

(١١) أى التقرر.

(١٢) بعد الكفالة.

(١٣) أى قوله: ذاب أو قضى.

(١٤) قوله: "أريد به إلخ" وهذا لأنه جعل الذوب شرطا، والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا. (ف)

(١٥) استئناف: از سر گرفتن چيزى را. (م)

(١٦) أى دعوى المدعى على الكفيل غير متعرض، بأن وجوب المال له على المكفول عنه بعد الكفالة أو قبلها.

(١٧) قوله: "مطلقة عن ذلك" فلا مطابقة بينهما لإطلاق الدعوى، وتقييد المكفول به حتى قيل: إن من ادعى على الكفيل أن قاضى بلدة كذا قضى على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة. (٤)

(١٨) أى بهذا المال.

على الكفيل، وعلى المكفول عنه[١]، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة، وإنما تقبل[٢] لأن المكفول به[٣] مال مطلق[٤]، بخلاف[٥] ما تقدم[٦]، وإنما يختلف[٧] بالأمر وعدمه[٨]، لأنهما[٩] يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء[١٠]، فبدعواه أحدهما[١١] لا يقضى له بالآخر[١٢]، وإذا قضى بها بالأمر ثبت[١٣] أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير[١٤] مقضياً عليه. والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه[١٥]، لأنه تعتمد صحتها[١٦] قيام الدين في زعم[١٧] الكفيل[١٨]، فلا يتعدى[١٩] إليه[٢٠]، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما

---

(١) الغائب.

(٢) أي البينة من المدعى حتى يقضى بالمال على الكفيل.

(٣) في هذه المسألة.

(٤) قوله: "مال مطلق" أي عن التوصيف بكونه مقضياً به، أو يقضى به، فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به، فصحت وقبلت البينة لإقامتها على دعوى صحيحة. (ع)

(٥) فإن الدعوى هناك مطلقة، والمكفول به مقيد، فلا تصح.

(٦) قوله: "ما تقدم" وهو ما إذا كفل عن رجل بما ذاب له، أو بما قضى له. (ك)

(٧) قوله: "وإنما يختلف" أي القضاء بالأمر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الأمر، فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال، لأنه قد قضى عليه به، وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر، فلا يرجع لأنهما إلخ. (ف)

(٨) قوله: "بالأمر وعدمه" أي إنما يختلف حكم القاضي بالأمر وعدمه مع أن القضاء على الغائب لا يجوز، فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبغيره. (ع)

(٩) أي الكفالة بأمر، والكفالة بغير الأمر.

(١٠) إذ لا رجوع فيه. (ك)

(١١) الكفالتين.

(١٢) قوله: "لا يقضى له بالآخر" لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً، وهو الملك. (ع)

(١٣) قوله: "ثبت أمره" أي أمر الأصيل، وهو الأمر بالكفالة بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقراً بالمال. (عيني)

(١٤) الأصيل الغائب.

(١٥) الغائب.

(١٦) قوله: "لأنه تعتمد صحتها إلخ" حتى لو قال: لفلان على فلان ألف درهم، وأنا به كفيل وجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء. (ع)

(١٧) لأن المرء يؤخذ بزعمه.

(١٨) لأنها لم تكن بأمره.

(١٩) الدين.

(٢٠) أي إلى الأصيل.

أدى على الآمر[١]. وقال زفر رحمه الله: لا يرجع[٢]، لأنه لما أنكر فقد ظلم[٣] في زعمه، فلا يظلم غيره[٤]، ونحن نقول: صار مكذبًا[٥] شرعًا[٦]، فبطل ما في زعمه. قال[٧]: ومن باع دارًا، وكفل رجل عنه[٨] بالدرك[٩] فهو تسليم[١٠]، لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع[١١] فتمامه بقبوله[١٢]، ثم بالدعوى يسعى[١٣] في نقض ما تم من جهته[١٤]، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها[١٥] إحكام البيع، وترغيب المشتري فيه، إذ لا يرغب فيه دون الكفالة[١٦]، فنزل[١٧] منزلة الإقرار[١٨] بملك البائع[١٩].

---

(١) قوله: "يرجع إلخ" فلو كان الكفالة بالأمر عيانًا رجع الكفيل بما أدى على الأصيل، فكذا إذا ثبت بالبينة. (م)

(٢) الكفيل على الأصيل.

(٣) من الطالب.

(٤) الآمر.

(٥) قوله: "صار [لقيام البينة] مكذبًا إلخ" هذا كمن اشترى شيئًا وأقر أن البائع باع ملك نفسه، ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن، لأنه صار مكذبا شرعًا، والفرق لمحمد بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدًا، ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب، وأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه هو أن قوله: لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول، لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني. (ك)

(٦) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "بالدرك" قد بينا أن ضمان الدرك هو قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع. (ف)

(١٠) قوله: "فهو تسليم" أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه. (عناية)

(١١) بأن باع بشرط أن يتكفل له. (ف)

(١٢) قوله: "فتمامه بقبوله [في المجلس. ك]" وهو شرط ملايم للعقد، إذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة فالشرط يزيده. (م)

(١٣) قوله: "يسعى إلخ" وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعًا بطلت شفعته، والمراد بالنقض ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض. (م)

(١٤) فلا يجوز.

(١٥) الكفالة.

(١٦) قوله: "إذ لا يرغب [أي يحتمل أن لا يرغب] إلخ" مخافة الاستحقاق، فتكفل تسكينًا لقلبه وصار كأنه قال: اشتر ولا تبال، فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن. (م)

(١٧) عقد الكفالة. (ف)

(١٨) لأنه يؤول إليه معنى.

(١٩) وبعد الإقرار لا يسمع الدعوى.

قال[١] : ولو شهد[٢] وختم، ولم يكفل لم يكن تسليمًا[٣]، وهو على دعواه، لأن الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع[٤]، ولا هى[٥] إقرارًا بالملك، لأن البيع مرة يوجد من المالك، وتارةً من غيره[٦]، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم[٧]، قالوا[٨] : إذا كتب فى الصك[٩] باع وهو[١٠] يملكه، أو بيعًا باتًا[١١] نافذًا، وهو[١٢] كتب شهد بذلك، فهو تسليم[١٣]، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين[١٤].

فصل فى الضمان[١٥]

قال[١٦] : ومن باع لرجل[١٧] ثوبًا، وضمن له[١٨] الثمن، أو مضارب ضمن[١٩]

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "ولو شهد [شاهد على بيع الدار]" أى كتب شهادته فى صك الشرى، وختم على ذلك الصك، ثم ادعى الشاهد بعد ذلك أن الدار له يسمع دعواه، ولا يكون كتابة الشاهد على الصك وختمه تسليمًا وإقرارًا بأن المبيع ملك البائع.

وقوله: ختم، إشارة إلى عرف زمانهم فإن الرجل إذا كتب شهادته فى صك الشراء يختم فى آخره، حتى يكون ذلك علامة الكتابة، وصيانة عن التغيير والتبديل، ولم يبقَ ذلك العرف فى زماننا، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا. (ك)

(٣) ويقبل شهادته لغيره أيضًا. (ع)

(٤) لعدم الملايمة. (ع)

(٥) الشهادة.

(٦) المالك.

(٧) من ضمان الدرك لأنه إقرار بملك البائع.

(٨) قوله: "قالوا إلخ" أى قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور فى كتابة الشهادة محمول على ما إذا كتب شهد فلان البيع، والشراء، وكتب جرى البيع بمشهدى، أو كتب أقرا بالبيع والشراء عندي، أما إذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه، بأن كان فى صك البيع، انتهى. (ك)

(٩) نامه، وقباله معرب چك.

(١٠) الواو حالية.

(١١) بات منقطع ومنه بيع بات. (من)

(١٢) الشاهد.

(١٣) فلا يصح دعواه بعد ذلك. (ك)

(١٤) فإنه ليس بتسليم.

(١٥) الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل "الجامع الصغير" وذكرت فيها بلفظ الضمان، أوردها مترجمة بذلك. (ف)

(١٦) أى محمد. (عينى)

(١٧) قوله: "لرجل [أى لأجل رجل]" اللام فى لرجل لام الملك، أى باع ثوبًا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه، فضمن الوكيل له، أى للرجل المالك الثمن، أو المضارب إلخ. (ف)

(١٨) أى لذلك الرجل.

ثمن متاع رب المال، فالضمان باطل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة[١]، وهى[٢] إليهما[٣]، فيصير كل واحد منهما ضامنًا لنفسه[٤]، ولأن المال أمانة[٥] فى أيديهما[٦]، والضمان تغيير لحكم الشرع[٧]، فيرد عليه[٨] كاشتراطه[٩] على المودع والمستعير. وكذا[١٠] رجلان باعا عبدًا صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان[١١] مع الشركة[١٢] يصير ضامنًا لنفسه[١٣]، ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة[١٤] يؤدى[١٥] إلى قسمة الدين[١٦] قبل قبضه، ولا يجوز[١٧] ذلك، بخلاف[١٨] ما إذا باعا[١٩] بصفقتين، لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشترى أن

---

(١٩) لرب المال بعد بيع شىء من المتاع.

(١) وهو الضمان.

(٢) قوله: وهى إليهما" أى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة فى البيع على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل حتى لو حلف المشترى ماللموكل عليه شىء كان بارًا فى يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شىء كان حانثًا، وكذا المضارب. (عناية)

(٣) أى البائع والمضارب.

(٤) قوله: "ضامنًا لنفسه [وهو لا يجوز]" ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة، فإنه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة. (عناية)

(٥) والأمين لا يكون ضامنًا.

(٦) أى البائع والوكيل والمضارب.

(٧) وليس للعبد ذلك.

(٨) أى على كل واحد منهما.

(٩) الضمان، فإنه لا ضمان عليهما شرعًا، فاشتراطه يكون تغييرًا للمشروع، فلا يجوز.

(١٠) أى لا يصح الضمان.

(١١) لحصته من الثمن شائعًا. (ع)

(١٢) إذ ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما.

(١٣) وقد تقدم فساده. (عناية)

(١٤) أى مفرزًا. (ع)

(١٥) قوله: "يؤدى إلخ" فى "الفوائد الظهيرية": لا معنى للقول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه.ويجاب عنه بأنه إنما لم يلزم القسمة فيه، لأن ما اشترى نصيبه وقع على الشركة، ولهذا كان للآخر أن يشاركه. (مل)

(١٦) حيث امتاز نصيب أحدهما.

(١٧) قوله: "ولا يجوز ذلك" لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حسًا، أو بوصف مميز، وكلاهما فى ما فى ذمة من الدين غير متصور. (ع)

(١٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعا بصفقتين" بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة، ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان، لأن الصفقة إذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة. (ك)

يقبل نصيب أحدهما[١]، ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

قال[٢]: ومن ضمن عن آخر خراجه، ونوائبه[٣]، وقسمته[٤] فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه[٥]، وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل[٦]، ولهذا[٧] لا تؤدى بعد موته[٨] من تركته إلا بوصية، وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق، ككرى النهر المشترك[٩]، وأجر الحارس[١٠]، والموظف[١١] لتجهيز الجيش، وفداء الأسارى[١٢] وغيرها، جازت[١٣] الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس

---

(١٩) عبداً.

(١) ويرد الآخر.

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) نائبه مصيبت وكار دشوار نوائب جمع. (من)

(٤) قوله: "وقسمته" قد ذكر عند أبى بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطا، لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجىء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾، والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. (ع)

(٥) قوله: "فقد ذكرناه [قبل هذا الفصل. ف]" وهو قوله: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج، لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء. ثم قيل: المراد من الخراج الذى تصح الكفالة عنه الخراج الموظف، وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الإمام كل سنة على مال على ما يراه الإمام لا المقاسمة، وهى التى يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، فإنها غير واجبة فى الذمة، فلم يكن فى معنى الدين. (ك)

(٦) قوله: "لأنها [أى الزكاة] مجرد فعل" فإن الواجب فى الزكاة فعل، وهو عبادة، أى تمليك المال من غير أن يكون بدلا عن شيء، والمال محل لإقامة هذا الواجب، والمال غير مضمون على من عليه الزكاة، فإنه لو هلك لا يضمن شيئًا، والكفالة لا تصح بالعبادة، ولا بالأعيان الغير المضمونة، وليست الزكاة دينًا، لأن الدين الثابت فى الذمة اسم لمال وجب فى الذمة بكونه بدلا عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر، أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك. بخلاف الخراج لأنه يجب حقًا للمقاتلة بدلا عن الذات عن حريم الدين، والمحاماة عن بيضة الإسلام، فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحة، فكذلك بالخراج. (مل)

(٧) أى لأجل كون الزكاة مجرد فعل.

(٨) أى موت من عليه الزكاة.

(٩) قوله: "ككرى النهر المشترك [الكرى الحفر. غاية البيان]" نحو أن يقضى القاضى بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة، فأبى واحد منهم من الكرى، وأنفق شريكه بأمر القاضى يصير حصة الآبى دينًا فى ذمته، فتصح الكفالة بها لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل. وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها، وكذا ما وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، وقد خلا بيت المال عن المال، أو يحتاج إلى فداء أسارى المسلمين، فوظف على الناس مالا لأجل ذلك، فهو واجب مضمون تصح الكفالة به. (ع)

(١٠) للمحلة. (ع)

(١١) أى المقرر من جهة الإمام عند خلو بيت المال، توظيف روز مره كردن بركسى. (من)

(١٢) أى تخليصهم من الأسر جمع أسير مقيد ومحبوس من أيدى الكفار.

بحق[١] كالجبايات[٢] فى زماننا[٣]، ففيه[٤] اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل[٥] إلى الصحة[٦] الإمام على البزدوى[٧]، وأما القسمة فقد قيل: هى النوائب بعينها[٨]، أو حصة منها[٩]، والرواية باد[١٠]، وقيل[١١]: هى النائبة الموظفة[١٢] الراتبة[١٣]، والمراد بالنوائب ما ينوبه[١٤] غير راتب[١٥]، والحكم ما بيناه[١٦].

ومن قال لآخر: لك علي مائة إلي شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول المدعي[١٧]، ومن قال: ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر، وقال المقر له: هى حالة، فالقول قول الضامن[١٨].

---

(١٣) قوله: "ازت الكفالة" لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة أولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين. (ف)

(١) بل هو ظلم.

(٢) قوله: "كالجبايات" الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ، وغيرهم للسلطان فى كل يوم، أو شهر، أو ثلاثة أشهر، فإنها ظلم. (ف)

(٣) وهى التى تأخذها الظلمة فى زماننا ظلمًا. (ع)

(٤) قوله: "ففيه اختلاف المشايخ" قال بعضهم: لا يصح الضمان بها، لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا، ولا شيء عليه شرعًا ههنا. (ع)

(٥) قوله: "وممن يميل إلى الصحة إلخ" لأنها ديون فى حكم توجه المطالبة بها، والعبرة فى الكفالة للمطالبة بحق، أو بباطل، لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجورًا، وإن كان أصله من جهة الذى يأخذ باطلا. (ع)

(٦) أى صحة الكفالة بها.

(٧) هو فخر الإسلام.

(٨) فحينئذ يكون الرواية بالواو. (ك)

(٩) قوله: "أو حصة منها" يعنى إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الأنهار المشتركة، فأصاب واحداً شيء من ذلك، فيجب أداؤه، فكفل به رجل صحت الكفالة به بالإجماع. (ع)

(١٠) قوله: "والرواية باد" إشارة إلى أن الرواية باد على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب، وأما إذا كانت هى النائبة بعينها فهو محل الواو للبيان من باب العطف للتفسير. (ع)

(١١) قوله: "وقيل هى النائبة إلخ" وقيل: أراد بالقسمة أجرة الكيال الذى يقسم الغلة إذا كان الخراج مقاسمة. (ك)

(١٢) هى المقاطعات الديوانية فى كل شهر، أو ثلاثة أشهر. (ك)

(١٣) ثابتة دائمة وقرار گرفته. (م)

(١٤) نوب آمدن كارى. (من)

(١٥) بل يلحقه أحيانًا. (ك)

(١٦) قوله: "والحكم ما بيناه" وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففى صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ. (ك)

(١٧) أى المقر مع اليمين.

(١٨) مع اليمين.

ووجه الفرق[١] أن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقًا[٢] لنفسه[٣]، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفى الكفالة ما أقر[٤] بالدين، لأنه لا دين عليه[٥] فى الصحيح[٦]، إنما أقر[٧] بمجرد المطالبة بعد الشهر.

ولأن[٨] الأجل فى الديون عارض، حتى لا يثبت إلا بشرط[٩]، فكان القول قول من أنكر الشرط[١٠]، كما فى الخيار[١١]، أما الأجل فى الكفالة فنوع[١٢] منها[١٣]، حتى يثبت من غير شرط، بأن كان[١٤] مؤجلا على الأصيل.

والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى[١٥]، والفرق أوضحناه[١٦].

---

(١) بين المسألتين. (ف)

(٢) قوله: "ثم ادعى حقًا إلخ" فكان ثمة إقرار على نفسه، ودعوى على غيره، فالأول مقبول، والثانى يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. ولقائل أن يقول: أقر فى الكفالة بالمطالبة مدعيا حقًا لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار، ودعوى إلى آخر ما ذكرتم، فلا يتم الفرق. والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس، وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار، وهو قوله: ولأن الأجل إلخ. (ع)

(٣) والآخر ينكره.

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضًا. (ك)

(٧) قوله: "إنما أقر إلخ" والمكفول له يدعى حق المطالبة لنفسه فى الحال، والضامن ينكر ذلك القول، فالقول للمنكر. (عينى)

(٨) بيان فرق آخر.

(٩) قوله: "إلا بشرط" فإن ثمن البياعات والمهور، وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط. (ع)

(١٠) مع اليمين. (ك)

(١١) قوله: "كما فى الخيار" إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط، وينكره الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين. (عينى)

(١٢) قوله: "فنوع منها" أى منوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان، فكان إقراره بنوع من الكفالة، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله. (عناية)

(١٣) من الكفالة.

(١٤) الدين.

(١٥) قوله: "والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه [وهو رواية ابن رستم عنه. ف] ألحق الأول بالثانى" هكذا وقع فى عامة النسخ، وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال: والشافعى ألحق الأول بالثانى، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الثانى بالأول، وذلك لأن عند الشافعى رحمه الله القول قول المقر فى الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدين، وهو المذكور أولا فى الرواية ملحقًا بالثانى، وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنما يستفاد فيما قلنا. ومذهب أبى يوسف فيما يروى عنه على عكسه، وحجة الشافعى رحمه الله أن الدين نوعان حال ومؤجل، فإذا أقر بالمؤجل، فقد أقر بأحد نوعى الدين فالقول قوله، وحجة أبى يوسف أنهما تصادقا على وجوب

قال[١]: ومن اشترى جارية، فكفل له رجل بالدرك[٢]، فاستحقت لم يأخذ[٣] الكفيل[٤]، حتى يقضى له بالثمن على البائع؛ لأن بمجرد الاستحقاق[٥] لا ينتقض[٦] البيع[٧] على ظاهر الرواية[٨] ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب له على الأصيل[٩] رد الثمن، فلا يجب[١٠] على الكفيل، بخلاف القضاء[١١] بالحرية[١٢]، لأن البيع يبطل بها[١٣] لعدم المحلية[١٤]، فيرجع[١٥] على البائع والكفيل[١٦]. وعن أبي يوسف رحمه الله[١٧] أنه يبطل[١٨] البيع بالاستحقاق[١٩]، فعلى قياس قوله: يرجع[٢٠] بمجرد الاستحقاق، وموضعه[٢١] أوائل الزيادات في ترتيب

المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه، فلا يصدق فيه إلا بحجة، ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة، ودعواه الخيار لما قلنا، فكذا دعوى الأجل. (ك)

(١٦) بقوله: وجه الفرق إلخ.

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) هو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق. (ع)

(٣) قوله: "لم يأخذ الكفيل إلخ" لأن احتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقى هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ. (ف)

(٤) وهو الصحيح. (ك)

(٥) أي القضاء بالاستحقاق.

(٦) لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت.

(٧) قوله: "لا ينتقض إلخ" فلو كان الثمن عبداً، فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه. (ع)

(٨) لأن الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع، فأولى أن لا ينفى البقاء. (ك)

(٩) البائع.

(١٠) الرد.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يعنى فإن قيل إذا قضى القاضي بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع، فما الفرق بينها وبين الاستحقاق، فأجاب عنه المصنف بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(١٢) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها.

(١٣) بالحرية.

(١٤) للبيع.

(١٥) المشترى.

(١٦) إن شاء.

(١٧) في رواية الأمالي.

(١٨) قوله: "يبطل البيع إلخ" فيأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن، لأن الضمان توجه على البائع، ووجب للمشترى مطالبته، فكذلك على الكفيل. (ف)

(١٩) قبل أن يقضى على البائع بالثمن.

(٢٠) على الكفيل.

الأصل[١]. ومن اشترى عبداً، فضمن له رجل بالعهدة، فالضمان باطل[٢]؛ لأن هذه اللفظة[٣] مشتبهة[٤] قد تقع[٥] على الصك القديم، وهو ملك البائع، فلا يصح[٦] ضمانه، وقد تقع على العقد، وعلى حقوقه، وعلى الدرك، وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه[٧]، فتعذر العمل بها[٨]، بخلاف الدرك[٩]، لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفًا.

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه[١٠] عبارة عن تخليص المبيع[١١]، وتسليمه[١٢] لا محالة[١٣]، وهو[١٤] غير قادر عليه، وعندهما هو[١٥] بمنزلة الدرك، وهو تسليم[١٦] المبيع، أو قيمته[١٧]، فيصح[١٨].

---

(٢١) أى الاستحقاق. (ف)

(١) قوله: "في ترتيب الأصل" أى في ترتيب محمد رحمه الله، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفًا لترتيب سائر الكتب تبركًا بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى به أبو يوسف بابا، وجعله أصلا، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب، وكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف، وزيادته من تصنيف محمد رحمه الله ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبي يوسف رحمه الله في هذا الكتاب من باب المأذون، ولم يغيره محمد تبركًا، ثم رتبه أبو عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم. (عناية)

(٢) بالاتفاق. (ك)

(٣) أى لفظة العهدة.

(٤) أى في المراد لاشتراكها، فلا يجب العمل به قبل البيان.

(٥) قوله: "قد تقع على الصك القديم" لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، وقد تقع على العقد، لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوقه لأنها من ثمرات العقد، وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أى خيار الشرط. (كفاية)

(٦) لأنه غير مضمون عليه، أى البائع، وما ليس بمضمون على الأصيل لا يصح الكفالة. (ع)

(٧) يجوز الحمل به عليه.

(٨) فيبطل الضمان للجهالة قبل البيان.

(٩) فإن ضمانه يصح.

(١٠) أى زمان الخلاص.

(١١) عن الاستحقاق.

(١٢) إلى المشترى.

(١٣) أى على كل حال، وبأى طريق كان.

(١٤) قوله: "وهو غير قادر عليه" لأنه إن ظهر مستحقًا فربما لا يساعده المستحق، أو حرًا، فلا يقدر مطلقًا، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل. (ع)

(١٥) أى ضمان الخلاص.

(١٦) إن قدر عليه.

(١٧) إن عجز عن تسليم المبيع.

باب كفالة الرجلين[١]

وإذا[٢] كان الدين على اثنين، وكل واحد منهما كفيل[٣] عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم، وكفل[٤] كل واحد منهما، عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة، وبحق الكفالة، لأن الأول[٥] دين، والثاني[٦] مطالبة، ثم[٧] هو[٨] تابع للأول[٩]، فيقع[١٠] عن الأول[١١]، وفي الزيادة[١٢] لا معارضة[١٣]، فيقع عن الكفالة[١٤]، ولأنه[١٥] لو وقع في النصف عن صاحبه، فيرجع عليه[١٦]، فلصاحبه[١٧]

---

(١٨) قوله: "أي قيمته" في كلام المصنف نظر، لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد بالقيمة الثمن مجازاً، وبلاغة التركيب باستعمال المجاز مما لا يلتبس فضله. (ع)

(١) قوله: "كفالة الرجلين" لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين، لما أن الاثنين بعد الواحد طبعًا، فأخر وضعًا ليناسب الوضع الطبع. (ع)

(٢) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٣) لرب الدين.

(٤) للبائع.

(٥) أي ما بحق الأصالة.

(٦) أي ما بحق الكفالة.

(٧) قوله: "ثم هو" أي الثاني، وهو المطالبة تابع للدين، لأن المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين، لأن المطالبة بالدين، ولا دين محال. (ك)

(٨) الثاني.

(٩) قوله: "تابع للأول" لا يقال: هذا يقتضي على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة لكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، لأنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة. (ف)

(١٠) قوله: "فيقع [أي النصف] عن الأول" صرفًا إلى أقوى ما عليه، كما لو اشترى ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهما، فنقد في المجلس عشرة جعل النقود ثمن الصرف، لأن الواجب أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس. (ع)

(١١) الدين.

(١٢) قوله: "وفي الزيادة [على النصف] لا معارضة" أي من كل وجه، وفي النصف أيضًا لم يكن معارضة حقيقة، ولكنه كانت معارضة صورة، ولا دور أيضًا، لأن المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة، فإذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدى. (ك)

(١٣) إذ لم يكن عليه في الزيادة بحق الأصالة شيء.

(١٤) فيرجع بالزائد.

(١٥) قوله: "ولأنه إلخ" دليل آخر على ذلك، أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعى، وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال، وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم المدور. (ع)

أن يرجع، لأن[1] أداء نائبه كأداءه، فيؤدى إلى الدور[2].

وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان[3] أو كثيراً.

ومعنى المسألة في الصحيح[4] أن يكون الكفالة بالكل عن الأصيل، وبالكل عن الشريك، والمطالبة[5] متعددة[6]، فيجتمع[7] الكفالتان[8] على ما مر[9]، وموجبها[10] التزام المطالبة[11]، فتصح الكفالة عن الكفيل، كما تصح الكفالة عن

---

(١٦) أي على صاحبه.

(١٧) قوله: فلصاحبه إلخ" لأنه لو جعل شيء من المؤدى من صاحبه، فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي، فإن جعلت شيئًا من المؤدى عني، ورجعت علي بذلك، فلي أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسي، فيفضي إلى الدور. (ك)

(١) قوله: "لأن أداء إلخ" تقريره أن صاحب المؤدى يقول له: أنت أديت عني بأمري، فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسي حقيقة رجعت عليك، فكذا ههنا، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف، فيفيد الرجوع. (عيني)

(٢) قوله: "فيؤدى إلى الدور [فلم يكن في الرجوع فائدة]" واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفًا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع، فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما، فيمتنع الرجوع.

والحق أن هذا الوجه باطل، فإن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعًا، لأنه يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى على الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع من أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببًا لأن يرجع عليه ذلك الغير، وهذا مجازفة عظيمة. (ف)

(٣) المؤدى. (ع)

(٤) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" يريد أن معنى ما قال في الكتاب: وإذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالكل، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضًا، وإنما قال: في الصحيح لأنهما لو كفلا بألف كان الألف منقسما عليهما نصفين. ثم إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدى أحدهما نصف المال فإنه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على النصف، لأن جهة الضمان قد اختلفت، لأن نصف المال كان واجبًا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة، والنصف الآخر كان واجبًا عليه بحكم الكفالة الثانية، فنزل هذا منزلة المسألة الأولى. (ك)

(٥) قوله: "والمطالبة متعددة" يعني إنما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل، وكفيل عن صاحبه لأن موجب الكفالة التزام المطالبة، وهي متعددة، مطالبة على الأصيل ومطالبة على الكفيل، وقد التزمها كل واحد منهما، فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما. (ك)

(٦) قوله: "متعددة" لأن كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الأصيل، ومطالب بالكل أيضًا من جهة الكفيل. (عيني)

(٧) أي على كل واحد من الكفيلين.

(٨) كفالة عن الأصيل، وكفالة عن الكفيل. (ع)

(٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما مر من قوله: لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله: من أخذ من رجل كفيلا بنفسه، ثم ذهب، فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان. (ك)

(١٠) الكفالة.

(١١) على الكفيل.

الأصيل، وكما تصح[1] الحوالة من المحتال عليه.

وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعًا عنهما، إذ الكل كفالة، فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف[2] ما تقدم[3]، فيرجع على شريكه بنصيفه[4]، ولا يؤدى إلى الدور[5]، لأن قضيته[6] الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، فلا ينقض برجوع الآخر عليه[7]، بخلاف[8] ما تقدم، ثم يرجعان[9] على الأصيل، لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه، والآخر بنائبه، وإن شاء[10] رجع بالجميع[11] على المفكول عنه؛ لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال[12]: وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع[13]، لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه[14]، ولهذا يأخذه[15] به[16].

قال[17]: وإذا افترق[18] المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا

---

(١) قوله: "وكما تصح إلخ" أى حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح، فكذا فى الكفالة. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أى فى المسألة الأولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف، لأن أداء النصف كان بحق الأصالة والنصف الآخر بحق الكفالة. (عينى)

(٣) فإن الأصالة بالنصف راجحة. (ع)

(٤) أى إذا وقع شائعًا فيرجع إلخ.

(٥) لأنه إذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر أن يرجع عليه، لأن إلخ. (ك)

(٦) قوله: "لأن قضيته" أى قضية عقد الكفالة الاستواء لاستواءهما فى العلة، وهى ضمان الكفالة، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى لأنه مستو لصاحبه فى الالتزام بجهة واحدة، فوجب أن يستويا فى الغرم لسببه. (عينى)

(٧) أى لو رجع الشريك عليه لا يبقى المساواة.

(٨) قوله: "بخلاف ما تقدم" فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء نفسه، ونصف المال بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى إلى الدور. (ن)

(٩) ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما. (ع)

(١٠) أى من أدى منهما. (ع)

(١١) قوله: "بالجميع" ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. (ع)

(١٢) قوله: "قال" قيل: الظاهر أن قائله محمد، قلت: الظاهر أن قائله المصنف، لأن المسألة لم يذكرها إلا شراح "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) أى بجميع الدين.

(١٤) إشارة إلى قوله: ومعنى المسألة فى الصحيح إلخ. (ك)

(١٥) الكفيل.

(١٦) أى بكل المال.

بجميع الدين، لأن كل واحد منهما كفيل[١] عن صاحبه على ما عرف فى الشركة.

ولا يرجع[٢] أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر[٣] من الوجهين فى كفالة الرجلين. قال[٤]: وإذا كوتب العبدان كتابة[٥] واحدة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، ووجهه أن هذا العقد[٦] جائز[٧] استحسانًا[٨]، وطريقه[٩] أن يجعل[١٠] كل واحد منهما[١١] أصيلا فى حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما معلقًا بأداءه[١٢]، ويجعل[١٣] كفيلا بالألف فى حق صاحبه[١٤]، وسنذكره فى المكاتب[١٥] إن شاء الله

---

(١٧) أى محمد. (عينى)

(١٨) قوله: "وإذا افترق المتفاوضان إلخ" المفاوضة شركة متساويين مالا، وحرية، وعقلا، ودينًا، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل كفيل الآخر ووكيله، ولما كان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على الإطلاق سميت مفاوضة مشتقة من التفويض، كذا قال العلى القارى فى "شرح النقاية". (مل)

(١) فإن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق، فلا تبطل بالافتراق. (ع)

(٢) قوله: "ولا يرجع" أى إذا طلبوا أحدهما، وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه إلخ. (ع)

(٣) قوله: "لما مر من الوجهين" فى كفالة الرجلين، وهى مسألة أول الباب، حيث قال: ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة، وما ذكره من لزوم الدور. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) قوله: "كتابة واحدة" بأن قال: كاتبتكما على ألف إلى سنة، ثم إنما قيد فى المسألة بالكتابة الواحدة، لأن كل واحد منهما لو كان مكاتبًا على حدة، فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسًا واستحسانًا. (ك)

(٦) أى عقد الكفالة.

(٧) خلافًا للأئمة الثلاثة. (ف)

(٨) قوله: "استحسانًا" والقياس بخلافه، لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا، أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دينًا صحيحًا، وبدل الكتابة ليس كذلك. (ع)

(٩) الاستحسان.

(١٠) قوله: "أن يجعل إلخ" أى يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلقًا بأداءه كما فى الولد المولود من المكاتبة فى الكتابة، ويجعل كل واحد فى حق المولى كان المال كله عليه، وعتق الآخر معلق بأداءه، فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفى الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعًا منقسمًا عليهما، ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحًا للكتابة ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة. (ن)

قوله: "أن يجعل" فإن تصرف الإنسان واجب التصحيح بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكتابة بأن يجعل إلخ. (كافى)

(١١) احتيالا لتصحيح الضمان، فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعه. (چلپى)

(١٢) الألف فكأنه قال لكل منهما: إن أديت الألف فأنت حر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أى كل واحد.

(١٤) قوله: "كفيلا إلخ" فصارت كفالته بما عليه أصله، وكفالة المكاتب بما عليه أصله جائزة. (چلپى)

تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه[١] لاستوائهما[٢]، ولو رجع بالكل[٣] لا تتحقق المساواة.

قال: ولو لم يؤديا شيئًا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته[٤] ملكه[٥]، وبرئ[٦] عن النصف[٧]، لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق، وما[٨] بقي وسيلة[٩] فيسقط[١٠]، ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل[١١] برقبتهما. وإنما جعل[١٢] على كل واحد منهما احتيالا[١٣] لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه[١٤]، فاعتبر[١٥] مقابلا برقبتهما، فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء[١٦] المعتق بالكفالة[١٧]،

---

(١٥) أي في كتاب المكاتب.

(١) قوله: "رجع بنصفه إلخ" فإن قيل: كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال في الحقيقة مقابل بهما، فيكون على كل واحد منهما نصفه، فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المؤدى على ما يخصه كما في مسألة الدور. قلنا: إنما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص يبرأ بأداءه عن نصيبه، فيعتق، لأن المكاتب إذا برئ عما عليه من البدل يعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا، ويعتقا جميعًا. (ك)

(٢) قوله: "لاستوائهما" أي في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني الكتابة، فكان كل البدل مضمونًا على كل واحد منهما، ولهذا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل. (ع)

(٣) أو لم يرجع بشيء. (ع)

(٤) العتق.

(٥) المولى.

(٦) أي المعتق.

(٧) أي نصف البدل.

(٨) نافية.

(٩) لحصول عتقه بطريق آخر. (ف)

(١٠) النصف.

(١١) حتى يكون موزعًا منقسمًا. (ع)

(١٢) المال.

(١٣) فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعها. (ع)

(١٤) الجعل.

(١٥) المال.

(١٦) قوله: "أيهما شاء" لأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف، والباقي بعد ذلك الألف، فبقي على تلك الصفة، لأن البقاء يكون على وفق الثبوت. (ك)

(١٧) قوله: "المعتق بالكفالة" فإن قيل: كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة، والكفالة ببدل الكتابة لا تصح، قلنا: هذا في حالة البقاء، لأنه لم يكن هذا كفالة في ابتداءه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبًا على كل واحد

وصاحبه بالأصالة، فإن أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى، لأنه مؤد عنه[١] بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع[٢] على المعتق بشيء، لأنه[٣] أدى عن نفسه، والله أعلم.

باب كفالة[٤] العبد وعنه

ومن[٥] ضمن عن عبد مالا لا يجب[٦] عليه[٧]، حتى يعتق، ولم يسم[٨] حالا، ولا غيره[٩]، فهو حال[١٠]؛ لأن المال حال عليه لوجود السبب، وقبول الذمة[١١] إلا أنه لا يطالب به لعسرته، إذ جميع ما في يده ملك المولى، ولم يرض[١٢] بتعلقه[١٣] به في الحال، والكفيل غير معسر[١٤]، فصار كما إذا كفل عن غائب[١٥] أو مفلّس[١٦]، بخلاف الدين المؤجل[١٧]، لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى[١٨] رجع على

منهما تصحيحًا للكتابة، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة، فيجوز ذلك بقاء، وإن لم يجز ابتداء. (ك)

(١) أي عن صاحبه.

(٢) الآخر.

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "كفالة" أي كفالة العبد عن الآخر، وكفالة الآخر عن العبد، وأخر ما يتعلق به لتأخره بالرق. (مل)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "مالا لا يجب إلخ" كأن أقر باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان، أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئًا فاستهلكه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينًا معلومًا فإنه يؤخذ به في الحال. (ف)

(٧) صفة مالا.

(٨) أي الكفيل.

(٩) أي الضمان.

(١٠) جواب المسألة. (ع)

(١١) قوله: "لوجود السبب وقبول الذمة" وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه، وقد لا يقع أصلا. (ف)

(١٢) أي المولى.

(١٣) الدين.

(١٤) إعسار: درويش شدن، فالمانع غير متحقق في حق الكفيل. (ع و م)

(١٥) قوله: "كما إذا كفل عن غائب" يصح، ويؤخذ به الكفيل حالا، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، أو مفلس يصح، ويؤخذ به في الحال، وإن كان في حق الأصيل متأخرًا إلى الميسرة.

فإن قيل: إذا لم يؤخذ العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضًا إلا بعد الأجل، أجاب بقوله: بخلاف الدين المؤجل، لأنه متأخر إلخ، يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر يعني بأمر يوجب التأخير، وهو التأجيل، لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا، وقد التزم الكفيل ذلك، فلزمه مؤجلا. (ع)

العبد بعد العتق، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه(١) مقامه(٢). ومن(٣) ادعى على عبد مالا، وكفل له رجل بنفسه، فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما(٤) إذا كان المكفول بنفسه حراً(٥).

قال(٦): فإن ادعى رقبة العبد(٧)، وكفل به(٨) رجل فمات العبد، فأقام المدعي(٩) البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته؛ لأن على المولى(١٠) ردها على وجه تخلفها(١١) قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك(١٢)، وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الأصيل، فكذا على الكفيل(١٣) بخلاف الأول(١٤).

قال(١٥): وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره، فعتق(١٦)، فأداه(١٧)، أو كان المولى كفل عنه(١٨)، فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما(١٩) على صاحبه.

---

(١٦) بتشديد اللام. (ع) تفليس حكم كردن قاضى بإفلاس كسى. (م)

(١٧) يؤخذ الكفيل به بعد الأجل.

(١٨) أى الكفيل عن العبد.

(١) فى المطالبة.

(٢) الطالب.

(٣) هذه مسألة "الجامع". (عينى)

(٤) قوله: "كما إذا كان إلخ" الكفالة بالنفس لا تفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرًا، أو عبدًا، فإن بموته يبرأ الكفيل كما لو كان حرًا، وذكر هذا تمهيدًا للتي بعدها، ولبيان الفرق بينهما. (عناية)

(٥) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل ههنا أيضًا.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) على ذى اليد.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "فأقام المدعي إلخ" إنما قيد بإقامة البينة احترازًا عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذى اليد، أو نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل. (ع)

(١٠) أى ذى اليد.

(١١) عند العجز عن ردها.

(١٢) الرد.

(١٣) لأن الكفيل التزم المطالبة بما على الأصيل.

(١٤) قوله: "بخلاف الأول [أى المسألة الأولى]" لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات، وسقط عن العبد تسليم نفسه، فكذا عن كفيله. (عناية)

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) العبد.

(١٧) المال.

وقال زفر رحمه الله: يرجع(١)، ومعنى الوجه الأول(٢) أن لا يكون على العبد دين(٣) حتى تصح(٤) كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته(٥) عن العبد، فتصح على كل حال(٦). له أنه تحقق الموجب للرجوع، وهو الكفالة بأمره(٧)، والمانع(٨) وهو الرق قد زال(٩). ولنا أنها(١٠) وقعت غير موجبة للرجوع، لأن المولى لا يستوجب(١١) على عبده دينًا، وكذا العبد على مولاه(١٢)، فلا تنقلب(١٣) موجبة(١٤) أبدًا، كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه(١٥). ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة(١٦) حر

---

(١٨) العبد.

(١٩) المولى والعبد.

(١) كل على صاحبه.

(٢) أى كفالة العبد عن مولاه بأمره.

(٣) مستغرق.

(٤) قوله: "حتى تصح إلخ" لأنه إذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى إياه بالكفالة، ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير، ألا ترى أنه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يقر عليه بالدين، فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما إذا كان مديونًا، لأن مولاه صار أجنبيًا عنه لتعلق حق الغرماء حتى لا يملك شغله بالدين بالإقرار عليه، فكذا لا يملك أمره بالكفالة. (ك)

(٥) قوله: "أما كفالته عن إلخ" فإن قيل: دين العبد الذى يظهر في حق المولى يقضى من ماليته، وهى ملك المولى، فأية فائدة فى هذه الكفالة، أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينًا، إلا أن يسلمه ليباع، وقد لا يفى ثمنه بالدين، فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين، وبالكفالة يصلون. (ف)

(٦) أى بالمال كانت أو بالنفس، وعلى العبد دين كان أم لا.

(٧) المرجوع.

(٨) قوله: "والمانع إلخ" أى المانع وهو كونه عبده، ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينًا على الآخر قد زال بالعتق، فإن الأداء منهما بعده، فيجب الرجوع. (ف)

(٩) بالعتق.

(١٠) الكفالة.

(١١) أى لا يستحق.

(١٢) أى لا يستوجب دينًا إذا لم يكن عليه دين مستغرق.

(١٣) قوله: "فلا تنقلب [الكفالة] إلخ" والراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر، وسعى العبد فى الدين رجع به على المولى، لأن استيجاب الدين على المولى إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به، قبل العتق، فلا يكون مما نحن فيه. (ع)

(١٤) للرجوع.

(١٥) قوله: "فأجازه [فلا يرجع]" فأدى الكفيل لا يرجع، لأن معنى الأمر، وإن تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع. (ف)

(١٦) قوله: "بمال الكتابة" إنما قال: بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضًا غير بدل الكتابة، أما فى بدل الكتابة فلأنه ثبت إلخ، وأما فى غير بدل الكتابة، فلأنه إذا عجز نفسه سقط بفسخ الكتابة لابتناءه عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئًا. (ع)

تكفل به أو عبد؛ لأنه دين ثبت[١] مع المنافى، فلا يظهر[٢] فى حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط[٣]، ولا[٤] يمكن إثباته[٥] على هذا الوجه[٦] فى ذمة الكفيل، وإثباته مطلقًا ينافى معنى الضم، لأن[٧] من شرطه[٨] الاتحاد، وبدل السعاية[٩] كمال الكتابة[١٠] فى قول أبى حنيفة رحمه الله عليه، لأنه كالمكاتب[١١] عنده.

كتاب الحوالة[١٢]

قال: وهى[١٣] جائزة بالديون، قال عليه السلام*: «من أحيل[١٤] على

---

(١) قوله: "ثبت مع المنافى" وهو الرق، فإن المكاتب عبد ما بقى درهم، فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا، وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقر أى ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضاءها دينًا مستقرًا لأنها، لتوثيق المطالبة. وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب، فلم يبقَ للكفالة فائدة، بل قد يكون هزوًا ولعبًا، وقوله: ولأنه إلخ دليل آخر على عدم استقراره، فإن المستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء. (ع)

(٢) الدين.

(٣) الدين.

(٤) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة. (ع)

(٥) قوله: "ولا يمكن إلخ" لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقًا لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك. (ع)

(٦) وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه. (ع)

(٧) قوله: "لأن من شرطه الاتحاد" أى من حيث الأوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقًا، ألا ترى أن الدين لو كان مؤجلا على الأصيل يثبت كذلك على الكفيل إذا كفل مطلقًا، وكذلك لو كان الدين زيفًا أو جيدًا على الأصيل فيجب على الكفيل بتلك الصفة تحقيقًا لمعنى الضم مطلقًا. (ن)

(٨) الضم.

(٩) إذا أعتق المولى بعض عبده، أو أمته عتق ذلك القدر ويسعى العبد فى بقية قيمته لمولاه عنده.

(١٠) قوله: "كمال الكتابة" أى فى عدم جواز الكفالة به للمولى على قول أبى حنيفة رحمه الله، لكونه دينًا غير مستقر لثبوته مع المنافى لما أن أحكام المستسعى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، وتنصيف الحدود وغيرها، وعلى قولهما يصح، لأن بدل الكتابة لم يكن مستقرًا لسقوطه بالتعجيز، وهو فى السعاية لا يتحقق، لأن المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس، فكان كالحر المديون. (عناية)

(١١) للعلة الأولى دون الثانية. (ف)

(١٢) قوله: "كتاب الحوالة" الحوالة تناسب الكفالة، لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة فإنها لا تتضمنه، فكانت كالمركب مع المفرد، والمفرد مقدم، فأخر الحوالة عنها. (ف)

قوله: "الحوالة" هى اسم بمعنى الإحالة، يقال: أحلت زيدا بماله على على رجل، فاحتال زيد به على الرجل، فأنا محيل، وزيد محال ومحتال، والمال محال به، والرجل محال عليه، ومحتال عليه، وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال: حويل، كذا فى "المغرب"، وهى فى الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. (ك)

مليء[1] فليتبع[2]»، ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه، فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون، لأنها تنبئ عن النقل والتحويل[3]، والتحويل في الدين[4]، لا في العين.

قال[5]: وتصح الحوالة برضا المحيل[6] والمحتال[7]، والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه، وهو الذي ينتقل بها، والذمم متفاوتة[8]، فلا بد من رضاه[9]، وأما المحتال عليه، فلأنه[10] يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه[11].

وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه[12] ذكره[13] في "الزيادات"، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، وهو لا يتضرر به[14] بل فيه[15] نفعه، لأنه[16] لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

---

(١٣) هذه من مسائل القدوري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١٢ ص١٦٤. (نعيم)

(١٤) قوله: "من أحيل" روى هذا اللفظ الطبراني في "معجمه الوسط" عن الأعرج عن أبي هريرة، كذا قال الزيلعي.

(١) مليء كأمير توانگر ومالدار، يا مالدار نيكو معاملة. (من)

(٢) فالأمر بالاتباع دليل الجواز. (ك)

(٣) في "المغرب": تركيب الحوالة يدل على الزوال، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل. (ف)

(٤) قوله: "في الدين لا في العين" لأن هذا نقل شرعي، والدين وصف شرعي، فيظهر أثره في المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعًا، أما العين فحسي، فلا ينتقل بالنقل الشرعي، بل يحتاج إلى النقل الحسي. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) المديون.

(٧) الدائن.

(٨) في المطالبة والأداء.

(٩) محتال، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان للمحيل دين عليه، فلا يشترط رضاه. (ع)

(١٠) المحتال عليه.

(١١) قوله: "ولا لزوم بدون التزامه" ولو كان مديونًا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في القضاء بين مسهل ميسر، ومضيق معسر. (ف)

(١٢) قوله: "بدون رضاه" وشرطه القدوري وعيسى معللا، بأن ذوي المروات قلما يرضون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. (ع)

(١٣) محمد.

(١٤) أي بتصرف المحتال عليه في حق نفسه.

(١٥) قوله: "فيه [أي في هذا التصرف] نفعه" أي عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال، وآجلا بعدم الرجوع عليه، لأنه لا يرجع عليه إلا بأمره. (ف)

(١٦) أي المحتال عليه.

قال(١): وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من(٢) الدين(٣) بالقبول(٤)، وقال زفر رحمة الله عليه: لا يبرأ اعتبارًا بالكفالة(٥)، إذ كل واحد منهما(٦) عقد توثق(٧).

ولنا أن الحوالة النقل لغةً(٨)، ومنه حوالة الغِراس(٩)، والدين متى انتقل عن الذمة(١٠) لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم(١١) والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية، والتوثق(١٢) باختيار الأملاء(١٣)، والأحسن(١٤) فى القضاء، وإنما(١٥) يجبر(١٦) على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، فلم يكن(١٧)

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "من الدين" وللمتأخرين اختلاف فى أن الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين، أم عن المطالبة دون الدين، وإنما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين: من أن المحتال إذا وهب الدين من المحيل، أو ابرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وإبراءه ولو بقى الدين فى ذمته وجب أن يصح. ولو أبرأ المحتال عليه، أو وهب الدين منه صح، وهذا يقتضى تحول الدين إلى ذمة المحتال عليه، وبراءة المحيل عنه، ومن أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه صح، ولا يرتد بالرد، ولو انتقل الدين إلى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة، فصار الحاصل أن الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه، وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل، فكأن محمداً رحمه الله اعتبر النقل فى بعض الأحكام، واعتبر التأجيل فى البعض ليكون عملا بهما. (مل)

(٣) هذا هو الأصح.

(٤) أى بقبول المحيل والمحتال، والمحتال عليه.

(٥) فإنه لا يبرأ الكفول عنه بالكفالة.

(٦) الكفالة والحوالة.

(٧) والتوثق أن يطالب كلا منهما. (ف)

(٨) قوله: "النقل لغةً" اعترض عليه بالحوالة بغير أمر المحيل، فإنها حوالة صحيحة كما مر، ولا نقل فيها، ولا تحويل، وهو نقض إجمالى، والجواب: إنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنه بعد أداء الدين ظاهر التحقق، ولهذا لا يبقى على المحيل شيء. (ع)

(٩) بالكسر نهال نشانده شده. (م)

(١٠) أى ذمة المحيل.

(١١) وهو يقتضى بقاء ما يضم إليه لأنها من الكفل وهو الضم. (ع)

(١٢) أى التوثق يحصل مع البراءة باختيار إلخ، جواب عن قول زفر.

(١٣) الأقدر على الإيفاء. (ع)

(١٤) بأداء الأجود بلا مماطلة. (ع)

(١٥) قوله: "وإنما يجبر إلخ" جواب سؤال مقدر، هو أن يقال: لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم، يجب أن يكون المحيل فى أداءه متبرعًا، والمتبرع لو أدى دين مديون لا يجبر رب الدين على القبول، وهنا يجبر، فعلم أنه لم يكن متبرعًا، فلما لم يكن متبرعًا علم أن الدين فى ذمته باق كما كان، فحينئذ لم يوجد معنى الحوالة، وهو النقل. (ن)

(١٦) المحتال، جواب نقض من قبل زفر. (ف)

(١٧) قوله: "فلم يكن متبرعًا" فإن قيل: هو متبرع حال أداء الدين، إذ لا دين عليه فى الحال قطعا، وما ذكرت موهوم، قلنا: المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا، وهو بهذا الأداء قصد

متبرعًا[١]. قال[٢]: ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى[٣] حقه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى[٤]، لأن البراءة[٥] قد حصلت مطلقة[٦]، فلا يعود[٧] إلا بسبب جديد[٨]. ولنا أنها[٩] مقيدة[١٠] بسلامة[١١] حقه له، إذ هو المقصود[١٢]، أو تفسخ الحوالة لفواته[١٣]، لأنه قابل للفسخ، فصار[١٤] كوصف السلامة في المبيع. قال[١٥]: والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين، وهو إما أن يجحد[١٦] الحوالة ويحلف، ولا بينة له[١٧] عليه، أو يموت مفلسًا[١٨]؛ لأن العجز

دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة، والحبس حال إعساره، فلا يكون متبرعًا. (ك)

(١) فى النقد. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) التوى التلف يقال: توى بوزن علم يتوى. (ف)

(٤) حقه بموت، أو إفلاس، أو غيرهما. (ف)

(٥) للمحيل.

(٦) عن قيد الرجوع عند التوى.

(٧) حقه، كما فى الإبراء. (ع)

(٨) كان يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل.

(٩) البراءة.

(١٠) بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظًا. (ع)

(١١) قوله: "بسلامة إلخ" فإذا فات الشرط، أى سلامة حق المحتال له تنفسخ الحوالة، وعاد حقه على المحيل، فيرجع به عليه، فصار كوصف السلامة فى المبيع، بأنه اشترى شيئًا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد، ويعود حقه فى الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظًا، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين بدون الفسخ، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٢) قوله: "إذ هو المقصود [أى وصول حق المحتال عليه. ك]" يعنى أن المقصود من الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثانى، لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت فى إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثانى على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول. (ف)

(١٣) قوله: "أو تفسخ إلخ" أى تفسخ الحوالة بفوات المقصود، وهو السلامة، لأنه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة تفسخ ويعود الدين، فصار كوصف السلامة فى المبيع، يعنى أن المشترى إذا وجد فى المبيع عيبا، واختار رده فإنه يفسخ البيع، ويعاد الثمن، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة لا تنفسخ بل تفسخ، ويعاد الدين على المحيل، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٤) قوله: "فصار [أى وصف السلامة فى حق المحيل] إلخ" ولله در الشارح رحمه الله حيث جمع بين طريقتى المشايخ، وأورد النظر بقوله: فصار كوصف إلخ، وهو ينطبق عليهما بمعنيين مختلفين. (مل)

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) المحتال عليه.

(١٧) أى للمحيل ولا للمحتال.

(١٨) قوله: "أو يموت [المحتال عليه] مفلسًا [أى لم يترك مالا، ولا دينًا، ولا كفيلا. ك]" ولو مات المحتال عليه فقال المحتال: مات مفلسًا، وقال: المحيل بخلافه، ففى الشافى القول للمحتال مع اليمين على العلم، لتمسكه بالأصل، وهو

عن الوصول[١] يتحقق[٢] بكل واحد منهما[٣]، وهو التوى في الحقيقة[٤].

وقالا: هذان الوجهان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم[٥] بإفلاسه[٦] حال حياته، وهذا[٧] بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده، خلافًا لهما[٨]، لأن المال غادٍ[٩] ورائح[١٠]. قال[١١]: وإذا طالب المحتال عليه[١٢] المحيل بمثل مال الحوالة، فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة[١٣]، وكان عليه مثل الدين؛ لأن سبب الرجوع[١٤] قد تحقق[١٥] وهو[١٦] قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه دينًا، وهو منكر، والقول للمنكر، ولا يكون[١٧] الحوالة إقرارًا منه بالدين عليه، لأنها[١٨] قد تكون بدونه[١٩]. قال[٢٠]: وإذا طالب المحيل المحتال بما أحال

العسرة، وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين. (ك)

(١) إلى الحق.

(٢) قوله: "يتحقق بكل واحد منهما" أما في الأول فلأنه حينئذٍ لا يقدر على مطالبته، وأما الثاني فلأنه لم يبقَ ذمة يتعلق بها الحق. (ع)

(٣) أي الجحود والموت مفلسًا.

(٤) وحينئذ يثبت للمحتال الرجوع على المحيل. (ع)

(٥) بالشهود. (ع)

(٦) قوله: "بإفلاسه [أي المحتال عليه]" يقال: أفلس، أي صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان افتقر، وفلّسه القاضي، أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله. (ك)

(٧) الخلاف بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "خلافًا لهما" قالا: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق، وقد حصل ههنا لأنه عجز عن استيفاء حقه، فصار كموت المحتال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال، لأن مال الله تعالى غاد ورائح. (ع)

(٩) قوله: "غاد" وغدا عليه غدوا آمد، أو رابا مداد. (من)

(١٠) قوله: "رائح" راح روحا شبانگاه شد بحاى. (من)

(١١) أي القدوري.

(١٢) مدعيًا قضاء دين المحيل من ماله.

(١٣) فإن أقام البينة بطل حق المحتال عليه في الرجوع.

(١٤) أي رجوع المحتال عليه على المحيل.

(١٥) بإقراره. (ع)

(١٦) أي سبب الرجوع.

(١٧) قوله: "ولا يكون الحوالة إلخ" يعني فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون الحوالة إقرارًا من المحتال عليه بالدين عليه؟ أجاب بقوله: ولا تكون إلخ. (ع)

(١٨) الحوالة.

(١٩) الدين.

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

به، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لى، وقال المحتال: لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال يدعى عليه الدين، وهو ينكر، ولفظة[١] الحوالة مستعملة فى الوكالة، فيكون القول قوله مع يمينه[٢].

قال: ومن[٣] أودع رجلا ألف درهم، وأحال بها عليه[٤] آخر فهو جائز، لأنه[٥] أقدر[٦] على القضاء[٧]، فإن هلكت[٨] برئ[٩]؛ لتقيدها[١٠] بها[١١]، فإنه[١٢] ما التزم الأداء إلا[١٣] منها[١٤]، بخلاف[١٥] ما إذا كانت[١٦] مقيدة بالمغصوب[١٧]، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، وقد تكون[١٨] الحوالة مقيدة بالدين[١٩] أيضًا.

---

(١) قوله: "ولفظة الحوالة إلخ" دفع دخل مقدر تقريره: أن الحوالة حقيقة فى نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل، وحاصل الدفع أن لفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة مجازاً، والعلاقة هو النقل، فإن فى الوكالة نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ الحوالة ذلك، فيصدق. (مل)

(٢) لأن فى ذلك نوع مخالفة للظاهر. (ع)

(٣) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) أى على المودع.

(٥) أى لأن المودع.

(٦) قوله: "لأنه أقدر إلخ" بوجهين: أحدهما: أن الأداء منها يتحقق بعين حق المحيل، وحينئذٍ لا يصعب عليه الأداء، فكان أقدر، والثانى: أن الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج إلى كسب، والدين قد يحتاج إليه. (ع)

(٧) أى قضاء مال الحوالة.

(٨) الوديعة.

(٩) المودع، وهو المحتال عليه. (ع)

(١٠) الحوالة.

(١١) أى بالوديعة.

(١٢) أى فإن المودع.

(١٣) قوله: "إلا منها" فيتعلق بها، ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين. (عناية)

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "بخلاف ما إذا كانت إلخ" حيث لا يبطل الحوالة بهلاك المغصوب، ولا يبرأ الغاصب بل يبقى الحوالة بمثل المغصوب إن كان مثليًا، أو بقيمته إذا كان غير مثلى، إذ هلاك المغصوب فى يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة، فصار كلا فوات. (عينى)

(١٦) الحوالة.

(١٧) عرضًا كان أو غيره.

(١٨) قوله: "وقد تكون إلخ" يعنى أن الحوالة المقيدة كما تكون مقيدة بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين أيضًا مثل ثمن المبيع. (عينى)

(١٩) قوله: "مقيدة بالدين" كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التى للمطلوب عليه. (ع)

وحكم المقيدة[(١)] فى هذه الجملة[(٢)] أن لا يملك المحيل[(٣)] مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق[(٤)] المحتال على مثال الرهن[(٥)] وإن كان[(٦)] أسوة[(٧)] للغرماء[(٨)] بعد موت المحيل، وهذا[(٩)] لأنه لو بقيت له مطالبة به[(١٠)]، فيأخذه منه[(١١)] لبطلت الحوالة، وهى حق المحتال[(١٢)]، بخلاف[(١٣)] المطلقة[(١٤)]، لأنه لا تعلق لحقه به[(١٥)] بل بذمته[(١٦)]، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أو ما عنده[(١٧)].

---

(١) أى الحوالة المقيدة.

(٢) أى الوديعة، والغصب، والدين.

(٣) بذلك الدين والعين الذى قيدت الحوالة به. (م)

(٤) قوله: "حق المحتال" وإنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يكافئ حقه مما للمحيل عليه، أو بيده، فيتعلق به حقه استيفاء، فلا يمكن المحيل من أخذها، ولو دفعها المودع وغيره إلى المحيل ضمن، لأنه استهلك محلا مشغولا بحق الغير. (عناية)

(٥) قوله: "على مثال الرهن" فإنه لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين.

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" هذا إشارة إلى حكم آخر، به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا فى عدم بقاء حق الأخذ للمحيل، والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين، وعلى المحيل ديون كثيرة ومات، ولم يترك شيئًا سوى العين الذى له بيد المحتال عليه، أو الدين الذى عليه، فالمحتال أسوة للغرماء بعد موته، وأما المرتهن فإنه أحق من الغرماء الآخرين بعد موت الراهن بالرهن. (عينى)

(٧) برابر. (ترجمة)

(٨) قوله: "للغرماء" خلافًا لزفر رحمه الله، وهو القياس، لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل، وهو صار أجنبيًا من هذا المال، ولهذا لا يكون له أخذه فى حيانه، وكذا بعد وفاته، لأن المحتال كان أسبق تعلقًا بهذا المال لتعلق حقه به فى صحته، وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته، فيقدم المحتال على غيره كالمرتهن.

قلنا: العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذى له عليه لم يصر مملوكًا للمحتال بعقد الحوالة لا يدًا، وهو ظاهر، ولا رقبة، لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، وإنما وضعت للنقل، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يدًا وحسًا، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعًا، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه. (م)

(٩) إشارة إلى قوله: أن لا يملك إلخ. (م)

(١٠) أى بذلك العين أو الدين.

(١١) أى من المحتال عليه.

(١٢) الطالب.

(١٣) قوله: "بخلاف [يتصل بقوله: لا يملك المحيل إلخ. ف] المطلقة" وهى أن يقول المديون لرب الدين: أحلتك بالألف التى لك على على هذا الرجل، ولم يقل: ليؤديها من المال الذى لى عليه، أو العين الذى عنده من غصب أو وديعة، لأنه لا تعلق لحقه، أى لحق المحتال به، أى بذلك الدين الذى للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذى عنده، بل بذمته، أى بذمة المحتال عليه، وفى الذمة سعة، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أى من الدين، أو ما عنده من الغصب والوديعة. (ك)

(١٤) أى الحوالة المطلقة الغير المقيدة بالدين، أو العين.

(١٥) أى بالعين أو الدين.

(١٦) أى المحتال عليه.

قال[١]: ويكره السفاتج[٢]، وهى قرض[٣] استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعًا[٤]*.

---

(١٧) فيؤدئ المحتال عليه دين المحيل من مال نفسه.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ويكره السفاتج" السفتجة تعريب سفته، وسفته شيء محكم، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره، وفى "المغرب": السفتجة بضم السين، وفتح التاء، واحدة السفاتج، وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وقيل: هى أن يقرض إنسانًا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق، فإن لم تكن المنفعة مشروطة، ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به، وهو فى معنى الحوالة، لأنه إحال خطر المتوقع على المستقرض، ولذلك أورده فى آخر باب الحوالة. (ك)

قوله: "ويكره السفاتج إلخ" قال فى "النهر": إطلاق المصنف يفيد إناطة الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطًا أو لا، قال الزيلعى: وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وجزم بهذا القيل فى الصغرى، والواقعات الحسامية، والكفاية للبيهقى، وعلى ذلك جرى فى صرف "البزازية"، وظاهر الفتح اعتماده أيضًا حيث قال: وفى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطًا فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز.

وصورة الشرط كما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا، فلا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطًا. (رد المحتار على الدر المختار)

قوله: "ويكره السفاتج" ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة فى هذا الموضع، لأنها معاملة فى الدين كالكفالة والحوالة، فإنها أيضًا معاملة فى الديون. (م)

(٣) قوله: "وهى قرض إلخ" فى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطًا فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطًا جاز، وصورة الشرط ما فى الواقعات: رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا، فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط، وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا لا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطًا، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا. (ف)

(٤) قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" عن على رضى الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» انتهى، وفى روايته سوار بن مصعب، وهو متروك الحديث، قاله عبد الحق، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن عطاء قال: كانوا [أى الصحابة] يكرهون كل قرض جر منفعة -انتهى- كذا قال الزيلعى فى تخريجه، وابن همام فى فتح القدير. (مل)

قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" حدثنا حفص بن حمزة، حدثنا سوار ابن مصعب عن عمارة الهمدانى، قال: سمعت عليًا يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»، ومن جهة الحارث بن أبى أسامة ذكره عبد الحق فى "أحكامه" فى البيوع، وأعله بسوار بن مصعب، وقال: أنه متروك. ورواه ابن الجهم فى جزءه المعروف حدثنا سواد بن مصعب به، ولم يعزه صاحب "التنقيح" إلا لجزء أبى جهم، وقال: إسناده ساقط، وسوار متروك الحديث. وأخرج ابن عدى فى الكامل عن إبراهيم بن نافع، حدثنا عمر بن موسى ابن وجيه عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «السفتجات حرام»، وأعله بعمر بن موسى ابن وجيه، وضعفه عن البخارى والنسائى وابن معين، وقال: إنه فى عداد من يضع الحديث، ومن طريق ابن عدى رواه ابن الجوزى فى "الموضوعات"، ونقل كلامه، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا أبو خالد

كتاب أدب القاضي[١]

قال[٢]: ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى[٣] شرائط: الشهادة[٤]، ويكون من أهل الاجتهاد*، أما الأول[٥] فلأن حكم القضاء يستقى[٦] من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما[٧] من باب الولاية[٨]، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء[٩]، حتى لو قلّد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلّد كما في حكم الشهادة، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كان القاضي عدلا، ففسق بأخذ الرشوة[١٠] أو غيره[١١] لا ينعزل[١٢]، ويستحق[١٣] العزل[١٤]، وهذا[١٥] هوظاهر المذهب، وعليه مشايخنا رحمهم الله[١٦].

الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٣ ص١٦٤. (نعيم)

(١) قوله: "كتاب أدب القاضي" لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات، والمنازعات يحتاج إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها، وهو القضاء، والأدب الخصال الحميدة، والقاضي يحتاج إليها، فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي ويكون عليه، وسميت الخصال الحميدة أدبا لأنها تدعوا إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: تستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر، يعني بإكماله، وفي الشرع يراد به الإلزام، يقال للحكم، وهو منع الظالم من الظلم، وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا، وقد أمره الله تعالى بنبيه صلى الله عليه وعلى آله وسلم بقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك﴾، وبعث ﷺ عليا قاضيا إلى اليمن، ومعاذا، وعليه إجماع المسلمين. (ف)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في المولى" بلفظ اسم المفعول، واختياره على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون القاضي قاضيا بتوليته غيره لا بطلبه. (م)

(٤) من العقل، والبلوغ، والإسلام، والعدالة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٤ ص١٦٥. (نعيم)

(٥) أي اشتراط شرائط الشهادة.

(٦) قوله: "يستقى [أي يستفاد. ع] إلخ" وإنما قلنا: إن حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة إذ الشهادة بمنزلة الأصيل، والقضاء كالتبع لها، ألا ترى أنه بني عليها. (ك)

قوله: "يستقى" والاستقاء في أصل اللغة آب خواستن، وبركشيدن آب از چاه. (من)

(٧) أي من الشهادة والقضاء.

(٨) قوله: "الولاية" إذ كل واحد تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى. (م)

(٩) لأهليته للشهادة. (م)

(١٠) بضم الراء وكسرها. (م)

(١١) كالزنا، وشرب الخمر. (م)

(١٢) إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم. (م)

(١٣) قوله: "ويستحق إلخ" فهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه، وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام

وقال الشافعي رحمه الله[١] : الفاسق لا يجوز قضاءه كما لا يقبل شهادته عنده[٢]، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى[٣] في "النوادر" : أنه لا يجوز قضاءه، وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلّد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق، لأن المقلد اعتمد عدالته[٤]، فلم يكن[٥] راضيًا بتقليده دونها[٦]، وهل يصلح الفاسق مفتيًا قيل : لا، لأنه[٧] من أمور الدين، وخبره غير مقبول[٨] في الديانات[٩]، وقيل : يصلح، لأنه يجتهد الفاسق[١٠] حذرًا عن النسبة[١١] إلى الخطأ. وأما الثاني[١٢] فالصحيح[١٣] أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد[١٤] الجاهل فصحيح[١٥] عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، وهو[١٦] يقول : إن

البزدوى. (ع)

(١٤) فيعزله من له الأمر. (ع)

(١٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب، وروى عن الكرخى أنه ينعزل بالفسق، وهو اختيار الطحاوى، وعلى أن الرازى صاحب أبى يوسف رحمه الله. (ع)

(١٦) البخاريون والسمر قنديون. (ف)

(١) قوله: "وقال الشافعى رحمه الله إلخ" قيل: هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال عنده من الإيمان، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه. (ع)

(٢) الشافعى.

(٣) الإمام وصاحباه.

(٤) قوله: "اعتمد عدالته [أى فى تقليده. ع]" فيتقيد التقليد بحال عدالته، فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضى بحال عدالته، فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة، وكما يصح تعليق القضاء والإمارة بالشرط بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيت مكة فأنت أمير الموسم، فكذلك يصح أيضًا تعليق عزل القاضى بالشرط. (ن)

(٥) المقلد.

(٦) العدالة.

(٧) أى الفتياء.

(٨) إذ الفاسق لا يؤتمن عليها. (ع)

(٩) فإن مبنى القبول على الأمانة والاحتراز عن الجناية.

(١٠) المفتى.

(١١) من فقهاء العصر. (ف)

(١٢) يعنى اشتراط الاجتهاد. (ع)

(١٣) قوله: "فالصحيح إلخ" ولفظ القدورى يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه فى سياق لا يصح، وقد ذكر محمد فى "الأصل" أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيًا لكن الصحيح أن إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "فأما تقليد الجاهل إلخ" يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد، لأنه ذكره فى مقابلة المجتهد، وسماه جاهلا بالنسبة إلى المجتهد، وهو المناسب لسباق الكلام، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئًا من أقوال الفقهاء،

الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم[1]، ولنا: أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به[2]، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، وينبغى للمقلد[3] أن يختار[4] من هو الأقدر[5] والأولى[6] لقوله عليه السلام: «من قلّد إنسانًا عملا[7] وفى رعيّته من هو أولى منه فقد خان اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»*.

وفى حدّ الاجتهاد[8] كلام عرف فى أصول الفقه، حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى[9] الآثار[10]، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث[11]، لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه، وقيل: أن يكون[12] صاحب

وهو المناسب لسياق الكلام، وهو قوله: خلافًا للشافعى إلخ، وقد علل له بقوله: إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم، ولم يقل دون الاجتهاد. (ع)

(١٥) ويحكم بفتوى غيره. (ف)

(١٦) الشافعى.

(١) لأن الجاهل لا يميز بين الحق والباطل.

(٢) إذا قضى بفتوى غيره. (ع)

(٣) قوله: "للمقلد" هو من له ولاية التقليد، وهو الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة، وأطلق التصرف له، وكذا الذى ولاه السلطان ناحية، وأطلق له التصرف. (ف)

(٤) فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل. (ع)

(٥) على القضاء.

(٦) بعلمه، ودينه، وأمانته.

(٧) قوله: "من قلد إلخ" أخرجه الطبرانى عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من تولى من أمر المسلمين شيئًا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وبسنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٢، والدراية ج٢، الحديث ١٥، ص١٦٥. (نعيم)

(٨) قوله: "وفى حد الاجتهاد إلخ" المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الأحكام دون المواعظ، وقيل: إذا كان صوابه أكثر من خطئه حل له الاجتهاد، والأول أصح. (فصول عمادى)

(٩) أى المعانى التى هى مناطات الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث. (ف)

(١٠) هى ما روى عن الأصحاب. (درر)

(١١) قوله: "أو صاحب فقه إلخ" والفرق بين القولين أن على الأول نسبة إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفى الثانى عكسه، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعًا، وهما تحرزه عن القياس فى معارضة النص، ومعرفة معانى الآثار، ليتمكن من القياس، فالوجه أن يقال: صاحب حديث وفقه، ليعرف معانى الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما، وإشارتهما، ودلالتهما، واقتضاءهما وباقى الأقسام ناسخها، ومنسوخها، ومناطات أحكامها، وشروط القياس، والمسائل المجمع عليها، لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الإجماع، وأقوال الصحابة. (ف)

قريحة[١] مع ذلك[٢] يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى[٣] عليها[٤].

قال[٥]: ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدى فرضه[٦]؛ لأن الصحابة تقلدوه[٧]، وكفي بهم[٨] قدوة[٩]، ولأنه فرض كفاية[١٠] لكونه أمرًا بالمعروف. قال[١١]: ويكره[١٢] الدخول فيه[١٣] لمن يخاف العجز عنه[١٤]، ولا يأمن على نفسه الحيف[١٥] فيه، كيلا يصير شرطًا[١٦] لمباشرته القبيح[١٧]، وكره[١٨]

---

(١٢) قوله: "أن يكون صاحب إلخ" فهذا القيد لا بد منه فى المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد، فيجب عليه أن يعمل باجتهاده، وهو أن يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى عن هذه الأدلة، ولا يقلد أحدًا. (ف)

(١) قوله: "قريحة" أى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادى، ومنها إلى المطالب بسرعة، ويرتب على ما يصلح أن يكون سببًا للمطلوب عرفًا وعادةً. (ع)

(٢) أى مع ما ذكرنا من أحد الأمرين.

(٣) أى مخالفًا للقياس كدخول الحرام. (ع)

(٤) كالاستصناع. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "أنه يؤدى فرضه" وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء صلوات الله عليهم، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾، وقال لنبينا صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بالحق﴾. (عناية)

(٧) قوله: "تقلدوه إلخ" فحديث معاذ معروف، وروى أبو داود أن عليا جعله النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قاضيًا، وبعثه إلى اليمن، وقال الترمذى: إنه حديث حسن، وأخرج البيهقى أن أبا بكر ولي عمر ابن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضًا أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد فى الطبقات أن عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له ورقا، وقلد على رضى الله عنه شريحا. كذا قال الزيلعى وابن الهمام. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٨) الصحابة.

(٩) قدوة مثلثة: پيشوا. (من)

(١٠) قوله: فرض كفاية" فإن قيل: لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبًا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطرًا عظيمًا، وأمرًا مخوفًا، لا يسلم فى بحره كل سابح إلا من عصمه الله تعالى. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى كراهة التحريم.

(١٣) أى فى القضاء.

(١٤) أى عن أداء فرضه.

(١٥) الجور.

(١٦) قوله: "كيلا يصير [الدخول] شرطًا [أى وسيلة إلى مباشرته إلخ] إلخ" لأنه قبل القضاء لا يتمكن من إجراء الظلم على غيره، أو ارتكاب قبيح آخر لعجزه، وخوفه، فلما ولى القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته، وولايته، فيصير الدخول فى القضاء شرطًا لارتكابه. (ك)

بعضهم(١) الدخول فيه مختارًا لقوله عليه السلام(٢): «من جعل على القضاء(٣) فكأنما(٤) ذبح بغير سكّين(٥)»*، والصحيح أن الدخول فيه رخصة(٦) طمعًا في

---

(١٧) وهو الحيف في القضاء. (ع)

(١٨) قوله: "وكره بعضهم إلخ" سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز، قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال: لا يجوز الدخول في القضاء إلا مكرهًا. (ع)

(١) من السلف. (ع)

(٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" وقيل: قد ازدراه بعض القضاة، وقال: كيف يكون هكذا، ثم دعى في مجلسه من يسوى شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقنه فعطس، فأصاب الموسى حلقه وألقى رأسه بين يديه. (درر)

(٣) قوله: "من جعل إلخ" أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»، حسنه الترمذي. (ف)

قوله: "من جعل إلخ" روى من حديث أبي هريرة وابن عباس، فحديث أبي هريرة أخرجه أصحاب السنن الأربعة، ورواه الحاكم في "المستدرك" في كتاب الأحكام، وقال صحيح الأسناد، ولم يخرجاه، وبسند الترمذي رواه أحمد والبزار، والدارقطني. وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن عدى في "الكامل" عن داود ابن الزبرقان عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»، قال ابن عدى: لا أعرف هذا الحديث عن عطاء إلا من حديث داود، وأسند تضعيفه عن النسائي، وابن معين.

وفي بعض نسخ الهداية: وقد جاء في التحذير من القضاء آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة، وصبر على الضرب، واجتنبه كثير من السلف، وقيد محمد نيفًا، وثلاثين يومًا حتى تقلده.

قلت: فيه حديث أبي ذر أن النبي عليه السلام قال له: «يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم»، أخرجه مسلم، ووهم الحاكم، فرواه في "المستدرك" وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

وفيه حديث: «من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين»، وقد تقدم، وفيه حديث بريدة أخرجه أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "«القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»، ورواه الحاكم في "المستدرك"، وزاد فيه: «قالوا يارسول الله فما ذنب هذا الذي يجهل قال ذنبه أن لا يكون قاضيًا حتى يعلم»، وقال فيه: حديث صحيح على شرط مسلم.

حديث آخر أخرجه ابن حبان في "صحيحه" عن عمران بن حطان عن عائشة قال: سمعت رسول الله عليه السلام يقول: يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره.

حديث آخر أخرجه الحاكم في "المستدرك" عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «ليوشك الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا ولم يل من أمر الناس شيئًا»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

حديث آخر أخرجه الحاكم عن سعدان بن الوليد عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا وكرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يده على عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يجف فك الله عنه وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وجار فيه شدت يساره إلى يمينه ورمى به في جهنم»، وسكت عنه، ثم قال: وسعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث، ولم يخرجا عنه.

حديث آخر رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن معتمر بن سليمان عن عبد الملك عن عبد الله ابن وهب عن ابن عمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: «من كان قاضيًا فقضى بالجور كان من أهل النار ومن كان قاضيًا فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضيًا عالمًا فقضى بعدل فبالحرى أن يتقلب كفافًا»، قال أبو حاتم في "علله": عبد الملك هذا مجهول. (تخريج الزيلعي رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "فكأنما ذبح إلخ" ذكر الصدر الشهيد: وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأن السكين يؤثر

إقـامـة العـدل*، والتـرك[٢] عـزيمة، فلعله[٣] يخطئ[٤] ظنه[٥]، ولا يوفق له[٦]، أو لا يعينه[٧] عليه[٨] غيره، ولا بد[٩] من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره، فيحنئذٍ يفترض عليه التقلد[١٠] صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالم عن الفساد[١١]. قال[١٢]: وينبغي أن لا يطلب[١٣] الولاية، ولا يسألها؛ لقوله عليه السلام**: «من طلب القضاء[١٤] وكّل[١٥] إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك

في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في الظاهره جاه، وفي باطنه هلاك. (ك)

(٥) كارد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٨١٦ص١٦٦. (نعيم)

(٦) فإن عدل يوم أفضل من عبادة ستين سنة، كذا روى إسحاق في "مسنده".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨١٧ص١٦٧. (نعيم)

(٢) قوله: "والترك [أي ترك القضاء] عزيمة" ألا ترى أنه اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله، فإنه دعي إلى القضاء ثلاث مرات، فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، وحبس في السجن حتى مات، وقال في المرة الثالثة: حتى استشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف رحمه الله، فقال أبو يوسف رحمه الله: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله نظر المغضب، وقال: أ رأيت أن أمرت أن أعبر البحر العميق سباحة أكنت أقدر عليه؟ فقال أبو يوسف رحمه الله: البحر عميق والسفينة وثيق، والملاح عالم، فقال أبو حنيفة رحمه الله: كأني بك قاضياً. وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء، فأبى حتى قيده، وحبس نيفاً وثلاثين، أو نيفاً وأربعين يوماً، فاضطر، وتقلد، وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي، وأبو قلابة دعي للقضاء، فهرب حتى أتى الشام، فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة، وكذا اجتنبه كثير من السلف. (مل)

(٣) الفاء للتعليل.

(٤) الإخطاء: خطا كردن، كذا في "منتهى الأرب".

(٥) إذا كان مجتهداً. (ع)

(٦) بالصواب.

(٧) إن كان غير مجتهد. (ع)

(٨) أي على انفاذ القضاء بالحق.

(٩) والواو للحال.

(١٠) قوله: "يفترض إلخ" إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم، وإلا فلا، وإن امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأداءه إلى تضييع أحكام الله تعالى. (ع)

(١١) في الحدود والقصاص. (عيني)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) بقلبه. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٨ص١٦٨. (نعيم)

(١٤) قوله: "من طلب إلخ" أخرج الترمذي عن أنس مرفوعاً من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه،

يسدده[١]»، ولأن من طلبه يعتمد على نفسه[٢] فيحرم[٣]، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم[٤]. ثم يجوز[٥] التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل؛ لأن الصحابة[٦] تقلدوا من معاوية[٧]، والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته[٨]، والتابعين تقلدوا[٩] من الحجاج[١٠]، وهو[١١] كان جائراً إلا[١٢] إذا كان[١٣] لا يمكنه[١٤] من القضاء بحق، لأن المقصود لا يحصل بالتقلد[١٥]، بخلاف ما إذا كان

ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكًا يسدده، وقال: حسن غريب. (ف)

(١٥) قوله: "وكل إلى نفسه" بالتخفيف، أى فوض أمره إليها، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب، لأن النفس أمارة بالسوء. (عناية)

(١) لأنه قد اعتصم بحبل الله تعالى. (ك)

(٢) من الورع والعلم، والفطنة، فيصير معجبًا، فلا يلهم الرشد.

(٣) قوله: "فيحرم" أى من التوفيق، وينبغى أن لا يشتغل المرء بما لو ناله يحرم. (ع)

(٤) الرشد والتوفيق. (ع)

(٥) تفريع على مسألة القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "لأن الصحابة رضى الله عنهم إلخ" هذا تصريح بجور معاوية، والمراد فى خروجه لا فى أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاة قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام المحاجة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام، وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولى بعده، فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصارى، فولاه بالشام بعده. (ف)

(٧) لما انفرد بالأمر، وخالف عليًا.

(٨) قوله: "فى نوبته" هى كونه رابعا بعد عثمان رضى الله عنه، وقيد بنوبته احترازًا عن قول الروافض أنه كان أحق بها فى سائر النوب، حتى من أبى بكر رضى الله عنه، وإنما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته، وانعقادها، فكان على الحق فى قتال أهل الجمل، وقتال معاوية، بصفين، وقوله عليه السلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»، وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة. ولقد أظهرت عائشة الندم كما أخرجه ابن عبد البر فى الاستيعاب قال: قالت عائشة رض لابن عمر رض يا أبا عبد الرحمن من ما منعك أن تنهانى عن مسيرى؟ قال: رأيت رجلا غلب عليك يعنى ابن الزبير، فقالت له: أما والله لو نهيتنى ما خرجت. (ف)

(٩) قوله: "تقلدوا إلخ" فى تاريخ البخارا مسندا عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن موسى، وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير، ومات الحجاج بعده بستة أشهر. فى تاريخ أصبهان للحافظ أبى نعيم عبد الله ابن أبى مريم الأموى: ولى القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج، وأقام محبوسًا بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفى بها. قال ابن القطان فى كتابه فى باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف بن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بالمدينة، وهو تابعى يروى، عن ابن عباس، وأبى هريرة وأبى بكر رضى الله عنهم. (ف)

(١٠) قوله: "من الحجاج بن يوسف الثقفى" عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان مات رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة. (عينى)

(١١) الحجاج.

(١٢) استثناء من قوله: ثم يجوز إلخ.

(١٣) السلطان.

(١٤) أى القاضى.

يمكنه. قال[١]: ومن قلد القضاء[٢] يسأل عن ديون القاضي الذي كان قبله[٣]، وهو[٤] الخرائط[٥] التي فيها السجلات[٦] وغيرها، لأنها[٧] وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة[٨]، فتجعل في يد من له ولاية القضاء[٩]، ثم إن كان البياض من بيت المال[١٠] فظاهر[١١].

وكذا[١٢] إذا كان من مال الخصوم في الصحيح[١٣] لأنهم[١٤] وضعوها في يده[١٥] لعمله، وقد انتقل[١٦] إلى المولّى، وكذا[١٧] إذا كان[١٨] من مال القاضي[١٩] هو الصحيح؛ لأنه[٢٠] اتخذه تدينا لا تمولا، ويبعث[٢١] أمينين[٢٢] ليقبضاها بحضرة

---

(١٥) من السلطان الجائر الكذائي.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بعد عزل آخر. (ع)

(٣) أي أول ما يبدأ به من الأعمال هذا. (ف)

(٤) قوله: "وهو [أي الديوان. ع] الخرائط التي فيها السجلات" والصكوك، ونصب الأوصياء، والقيم في أموال الوقف، وتقدير النفقات، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين: إحداهما تكون بيد الخصم، والأخرى تكون في ديوان القاضي، لأنه ربما يحتاج إليه لمعنى من المعاني، وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان. (ك)

(٥) قوله: "الخرائط" خريطة كسفينة كيسة از پوست، ومانند آن كه در ان چيزے كرده دهن آن بند كنند. (من)

(٦) قوله: "السجلات [السجل كتاب الحكم]" سجل -بكسرتين وتشديد لام- چک يا مهر، سجلات جمع. (من)

(٧) أي السجلات وغيرها. (ع)

(٨) محفوظة عند القاضي. (ف)

(٩) هو القاضي المولى.

(١٠) أي الذي كتب فيه الحادثة، وقد كان أوراقًا. (ع)

(١١) قوله: "فظاهر" أي يجبر المعزول على دفعه، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه، وقد صار العمل بغيره، فلا تبرك في يده. (عيني)

(١٢) أي يجعل في يد من له ولاية القضاء.

(١٣) قوله: "في الصحيح" في الصورتين، احتراز عما قاله بعض المشايخ أن البياض إذا كان من مال الخصوم، أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه، لأنه ملكه أو وهب له. (ع)

(١٤) أي الخصوم.

(١٥) المعزول.

(١٦) العمل.

(١٧) أي يجبر على الدفع.

(١٨) البياض.

(١٩) المعزول.

(٢٠) قوله: "لأنه" أي القاضي المعزول وضع عنده بطريق الديانة والأمانة، وما وضع عنده من حيث إنه يتمول به. (عيني)

(٢١) قوله: "يبعث" أي المولى، وهذا بيان لكيفية التسليم. (ع)

المعزول أو أمينه، ويسألانه[١] شيئًا فشيئًا[٢]، ويجعلان[٣] كل نوع منها[٤] فى خريطة[٥] كيلا يشتبه على المولى، وهذا السؤال[٦] لكشف الحال لا للإلزام[٧].

قال[٨]: وينظر[٩] فى حال المحبوسين[١٠]، لأنه نصب ناظرًا، فمن اعترف بحق ألزمه[١١] إياه، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر[١٢] لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة[١٣]، لأنه بالعزل التحق بالرعايا[١٤]، وشهادة الفرد[١٥] ليست بحجة لا سيما إذا كانت[١٦] على فعل نفسه. فإن لم تقم[١٧] لم يعجل[١٨] بتخليته حتى ينادى[١٩] عليه، وينظر فى

---

(٢٢) أى الرجلين موثقًا بهما وهو أحوط والواحد يكفى.

(١) معزول عن أحوال السجلات وغيرها. (ع)

(٢) حال بمعنى مفصلا. (عناية)

(٣) قوله: "ويجعلان كل نوع إلخ" فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه فى خريطة، وما كان من نصب الأوصياء فى أموال اليتامى يجعلونه فى خريطة، لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضى المعزول، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إلى نسخة منها، فأما القاضى المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع فى خريطة، ولو احتاج إلى نوع منها يحتاج إلى تفتيش جميعها، وإنما يسألان القاضى المعزول وإن لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكل عليهما. (ك)

(٤) أى من السجلات والصكوك وغيرها.

(٥) على حدة.

(٦) من المعزول.

(٧) أى لإلزام العمل بمقتضى الجواب.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) القاضى الجديد.

(١٠) قوله: "وينظر فى حال المحبوسين" بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأساميهم، ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم، لأنه نصب ناظرًا لأمور المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة، فلا بد من التفحص عن حالهم، فيجمع بينهم وبين خصومهم، فمن إلخ. (ع)

(١١) وحبسه إذا طلب الخصم ذلك. (ع)

(١٢) ما يوجب الحبس. (عناية)

(١٣) قوله: "إلا ببينة" فإن قامت البينة بالحق، والقاضى يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود، فإن عدلوا فكذلك، فإن لم تقم إلخ. (ع)

(١٤) أى بواحد من الرعايا.

(١٥) المعزول.

(١٦) الشهادة.

(١٧) قوله: "فإن لم تقم" أى البينة، أو لم يحضر خصم، وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل إلخ. (ع)

(١٨) القاضى.

(١٩) قوله: "حتى ينادى عليه" أى يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس

أمره[١]؛ لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل[٢] كيلا يؤدى[٣] إلى إبطال حق الغير. وينظر[٤] في الودائع[٥] وارتفاع الوقوف[٦]، فيعمل فيه[٧] على ما تقوم به البينة، أو يعترف به من هو[٨] فى يده؛ لأنه كل ذلك[٩] حجة، ولا يقبل[١٠] قول المعزول لما بيناه[١١] إلا أن يعترف الذى هى[١٢] فى يده[١٣] أن المعزول سلمها[١٤] إليه، فيقبل قوله فيها[١٥]؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضى[١٦]، فيصح إقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال[١٧] إلا[١٨] إذا بدأ[١٩] بالإقرار لغيره، ثم أقر[٢٠] بتسليم القاضى

الفلانى بحق فليحضر، حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضى أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياما، فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضرتأنى عليه أياما على حسب ما يرى القاضى، فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم، وأطلقهم، ولو قال: لا كفيل لى، أو لا أعطى كفيلا فاحتاط بوجه آخر، بأن ينادى عليه شهراً آخر، ثم خلاه. والفرق لأبى حنيفة رحمه الله فى أخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجىء: أن فى مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين، وفى ثبوته لغيره شك، فلا يجوز تأخير المستحق لأمر موهوم، وأما ههنا فالحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول، لكنه مجهول، فلا يكون الكفالة لأمر موهوم. (مل)

(١) الحاصل.

(٢) بإطلاق المحبوس.

(٣) قوله: "كيلا يؤدى إلخ" لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر. (ع)

(٤) قوله: وينظر فى الودائع وارتفاع" الأوقاف الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى، والذى فى ديارنا من هذا أموال الأوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر والمباشرة فيها، وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم، فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة أنه لفلان، أو غير ذلك، أو يعترف إلخ. (ف)

(٥) التى وضعها المعزول فى أيدى الأمناء.

(٦) لأنه نصب ناظراً. (ع)

(٧) أى فى المذكور.

(٨) قوله: "من هو" أى من يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره. (ك)

(٩) أى قيام البينة والاعتراف.

(١٠) قوله: "ولا يقبل قول المعزول" أى على من هو فى يده إذا أنكر، وقال: هى لى بأن المال الذى فى يد زيد يكون لعمرو إلا ببينة لما بينا إلخ. (مل)

(١١) من أنه بالعزل التحق إلخ.

(١٢) الودائع.

(١٣) وفى نسخة: يديه.

(١٤) الودائع.

(١٥) الودائع.

(١٦) المعزول.

(١٧) لأن يد المودع كيد المودع. (ع)

(١٨) استثناء من قوله: فيقبل.

فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول[١] لسبق حقه، ويضمن قيمته[٢] للقاضي[٣] بإقراره الثاني[٤]، ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي[٥].

قال[٦]: ويجلس[٧] للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد[٨] كيلا يشتبه مكانه على الغرباء[٩]، وبعض المقيمين[١٠]، والمسجد الجامع أولى[١١]، لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء، لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص[١٢]، والحائض وهي ممنوعة عن دخوله[١٣]. ولنا: قوله عليه السلام[١٤]: «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم[١٥]»*، وكان[١٦] رسول الله صلى الله

---

(١٩) قوله: "إلا إذا بدأ بالإقرار إلخ" بأن قال: هذا المال لفلان ابن فلان غير الذي أقر له القاضي المعزول، ثم أقر بتسليم القاضي، وقال: دفعه إلى المعزول. (مل)

(٢٠) قوله: "ثم أقر إلخ" ولو بدأ بالدفع فقال: دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان، وقال المعزول: بل لفلان آخر فالقول قول المعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضي المعزول، ولو قال صاحب اليد: دفعه إلى القاضي المعزول، وقال: هو لفلان من فلان، أو قال: دفعه إلي، ولا أدري لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول. (ك)

(١) أي الذي أقر به ذو اليد.

(٢) أو مثله. (ك)

(٣) المعزول.

(٤) أي بإقراره أن اليد كانت للقاضي.

(٥) المعزول.

(٦) القدوري. (عيني)

(٧) القاضي.

(٨) ولا يتعب نفسه في طول الجلوس، ولكن يجلس طرف النهار، وكذا المفتي والفقيه. (ف)

(٩) المسافرين.

(١٠) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاة.

(١١) قوله: "أولى" ثم الذي يقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة، قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، أما إذا كان في طرف منها فلا، لزيادة المشقة على أهل الشقة القابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلدة، وفي السوق. (ف)

(١٢) قال الله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾. (ف)

(١٣) المسجد.

(١٤) قوله: "قوله عليه السلام: أما الحديث الذي ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»، فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد، فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تزرموه دعوه، -فتركوه حتى بال- ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن»، قال: وأمر رجلا من القوم، فدعا بدلو من ماء فشنه عليه. (ف)

(١٥) قلت: غريب بهذا اللفظ. (ت)

عليه وآله وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه*، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون(٢) فى المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها فى المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك(٣) فى اعتقاده لا فى ظاهره، فلا يمنع من دخوله(٤)، والحائض تخبر بحالها، فيخرج القاضى إليها أو إلى باب المسجد، أو يبعث(٥) من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة فى الدابة(٦)، ولو جلس(٧) فى داره لا بأس به، ويأذن للناس بالدخول فيها(٨)، ويجلس معه من كان يجلس(٩) قبل ذلك(١٠)، لأن في جلوسه وحده تهمة(١١).

قال(١٢): ولا يقبل(١٣) هدية(١٤) إلا من ذى رحم محرم(١٥)، أو ممن جرت عادته

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٩ص١٦٨. (نعيم)

(١٦) قوله: "وكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ" فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد، وفيه: فتلاعنا فى المسجد، ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثًا فى يمين غموس. وفي "الصحيحين" عن كعب بن مالك رضى الله عنه أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو فى بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى يا كعب؟ فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧١، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٠ص١٦٨. (نعيم)

(٢) قوله: "كانوا يجلسون إلخ" قال الزيلعي: هذا غريب، أقول: هذا مبنى على أن مراد صاحب "الهداية" رواية هذا اللفظ، وليس كذلك بل هذا نقل بالمعنى، يعنى أنه وقع من الصحابة الجلوس فى المساجد لفصل الخصومات، ففى البخارى لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وأسند الإمام أبو بكر الرازى إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى فى المسجد، وذكر القصة، كذا فى "فتح القدير".

(٣) جواب عن دليل الشافعى. (ع)

(٤) فإن النبى ﷺ كان ينزل الوفود فى المسجد. (ع)

(٥) القاضى (ع) فإنه يخرج القاضى لسماع الدعوى وشهادة الشهود، والإشارة إليها. (ك)

(٦) فيوقف الدابة خارج المسجد.

(٧) القاضى.

(٨) أى فى داره.

(٩) معه.

(١٠) القضاء.

(١١) وهى تهمة الظلم والرشوة. (ك)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "ولا يقبل [أى القاضى] هدية إلخ" والأصل فى ذلك ما فى البخارى عن أبى حميد الساعدى قال: استعمل النبى ﷺ رجلا من الأزد يقال له: ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا لى، قال عليه السلام: «هلا جلس فى بيت أبيه، أوبيت أمه، فينظر أيهدى له أم لا». وفى شرح الأقطع": الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها، انتهى. (ف)

قبل القضاء بمهاداته[١]، لأن الأول صلة[٢] الرحم[٣]. والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك[٤] يصير[٥] آكلا بقضاءه حتى لو كانت بتقريب خصومة، لا يقبل هديته، وكذا[٦] إذا زاد المهدى على المعتاد، أو كانت له خصومة؛ لأنه لأجل القضاء، فيتحاماه[٧]، ولا يحضر[٨] دعوة إلا أن تكون عامة، لأن الخاصة لأجل القضاء، فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل فى هذا الجواب[٩] قريبه[١٠] وهو قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه[١١] وإن[١٢] كانت خاصة كالهدية[١٣] والخاصة[١٤] ما لو علم المضيف[١٥] أن القاضى لا يحضرها[١٦]

(١٤) تحفه وارمغان. (من)

(١٥) ليس له خصومة على أحد، وعادته المهاواة قبل القضاء.

(١) هديه دادن يكديگر. (س)

(٢) عطاء دادن. (من)

(٣) وهو مندوب. (م)

(٤) قوله: "وفيما وراء ذلك إلخ" ثم إن أخذ القاضى ما ليس له أخذه ما ذا يصنع به، اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: يضع فى بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار فى "السير الكبير".

فإن لم يعرفهم، أو يعرفهم إلا أن الرد يتعذر لبعدهم يضعها فى بيت المال، وحكمها حكم اللقطة، وإنما يضعها فى بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو فى هذا العمل نائب عن المسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم. (عناية)

(٥) القاضى.

(٦) أى لا يقبل.

(٧) تحاماه الناس خويشتن را از وى نگاه داشتند مردم، وپرهيز نمو دند ازو. (من)

(٨) القاضى.

(٩) قوله: "ويدخل فى هذا الجواب [أى لا يحضر دعوة] إلخ" لم يفصل فى الدعوة الخاصة بين أن يكون الداعى أجنبيًا أو ذا رحم محرم منه، وقال فى فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذى رحم محرم منه، فلا بد من التأويل بين المسألتين، قالوا: ما ذكر فى الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة، والمهاداة صلة للقرابة، وإنما أحدث بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبى سواء فى هذا، وما ذكر فى الهدية أنه يقبل من ذى رحم محرم فهو محمول على أنه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة، فإذا أهدى إليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله"، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" إلا أن يكون المضيف خصمًا، فينبغى أن لا يجيب دعوته، وإن كانت عامة. (ك)

(١٠) القاضى.

(١١) أى يجيب دعوة القريب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) حيث يجوز أخذها من قريب.

(١٤) قوله: "والخاصة ما لو علم إلخ" قيل: العامة ما يكون فوق العشرة، وما دونه خاصة، وقيل: دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة. (م)

لا يتخذها[1]. قال[2]: ويشهد الجنازة، ويعود[3] المريض ؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه السلام: «للمسلم[4] على المسلم ستة حقوق»*، وعدّ منها هذين[5]، ولا يضيف[6] أحد الخصمين دون[7] خصمه ؛ لأن النبى عليه السلام نهى[8] عن ذلك**، ولأن فيه تهمة[9].

قال[10]: وإذا حضرا[11] سوّى[12] بينهما[13] فى الجلوس والإقبال[14] ؛ لقوله عليه السلام[15]: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوِّ بينهم فى المجلس والإشارة

---

(١٥) والعامة هى التى يتخذها حضرها القاضى أو لا. (ف)

(١٦) الدعوة.

(١) الدعوة.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ويعود" إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أما إذا كان منهم فلا ينبغى أن يعود، لأن ذلك يؤدى إلى إيذاء الخصم الآخر، وإلى التهمة. (ك)

(٤) قوله: "للمسلم على إلخ" روى مسلم عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة»، وإذا استنصحك فانصح له، فهذه هى السادسة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٢١ص١٦٨. (نعيم)

(٥) أى شهود الجنازة وعود المريض. (ت)

(٦) القاضى.

(٧) فيه إيماء إلى أنه لو أضاف الخصمين جميعًا لا بأس به، كذا فى "الكفاية".

(٨) قوله: "نهى عن ذلك" لما روى إسحاق بن راهويه عن الحسن فى "مسنده" قال: جاء رجل، فنزل على على، فأضافه، فلما قال: إنى أريد أن أخاصمه، قال على: تحول، فإن النبى صلى الله عليه، وعلى آله وسلم نهانا أن يضيف الخصم إلا ومعه خصمه. (ف)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٢ص١٦٩. (نعيم)

(٩) أى تهمة الميل.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) المتخاصمان.

(١٢) القاضى.

(١٣) قوله: "سوى بينهما إلخ" المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحداً عن يمينه والآخر عن شماله، لأن لليمين فضلا. وفى "النوازل" و "الفتاوى الكبرى": خاصم السلطان مع رجل، فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض، ثم يقضى بينهما. (ف)

(١٤) التوجه والنظر.

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى إسحاق بن راهويه فى "مسنده" عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسوِّ بينهم فى الجلوس والإشارة والنظر». (ف)

والنظر»*. ولا يسار[٢] أحدهما ولا يشير[٣] إليه، ولا يلقنه حجة للتهمة[٤]، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه، ولا يضحك[٥] في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ[٦] على خصمه، ولا يمازحهم[٧]، ولا واحداً منهم؛ لأنه[٨] يذهب بمهابة[٩] القضاء. قال[١٠]: ويكره تلقين الشاهد[١١]، ومعناه أن يقول[١٢] له: أتشهد بكذا وكذا، وهذا[١٣] لأنه إعانة لأحد الخصمين، فيكره كتلقين الخصم[١٤]، واستحسنه[١٥] أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة[١٦]؛ لأن الشاهد قد يحصر[١٧] لمهابة المجلس، فكان تلقينه إحياءً للحق بمنزلة الإشخاص[١٨] والتكفيل[١٩].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٣ ص١٦٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا يسار [أى القاضى] إلخ" وينبغى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقعة، ويمنعهم عن إشارة الأدب، يقال له: صاحب المجلس، ويمنع من رفع الصوت فى المجلس، ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضى. (عناية) مسارة: با كسى راز گفتن. (من).

قوله: "ولا يسار" أى لا يتكلم مع أحدهما سراً.

(٣) بالرأس أو العين، أو الحاجب.

(٤) أى تهمة الميل.

(٥) القاضى.

(٦) بسبب ضحك القاضى.

(٧) الخصوم.

(٨) المزاح.

(٩) بالفتح: ترس وبزرگى. (من)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "تلقين الشاهد" هو أن يقول القاضى: ما يستفيد به الشاهد علمًا بما تعلق بالشهادة مثل أن إلخ. (عناية)

(١٢) القاضى.

(١٣) أى الكراهة.

(١٤) حيث يكره.

(١٥) قوله: "واستحسنه إلخ" تأخير دليل أبى يوسف رحمه الله، وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن المختار عند المصنف رحمه الله قول أبى يوسف رحمه الله. (نهاية)

(١٦) قوله: "فى غير موضع التهمة" ولا فى موضع التهمة أما فى موضع التهمة مثل أن يدعى ألفًا وخمس مائة، والمدعى عليه ينكر خمس مائة، وشهد الشاهد بالألف فالقاضى إن قال يحتمل أنه أبرأ خمس مائة واستفاد الشاهد علمًا بذلك ووقف القاضى فهذا لا يجوز بالاتفاق. (عناية)

(١٧) أى يحتبس لسانه عن البيان، حصر بفتحتين بست شدن در سخن گفتن وخواندن وعاجز شدن. (م)

(١٨) إرسال الرجل لإحضار الخصم. (ع)

(١٩) أى أخذ الكفيل من أحد الخصمين.

فصل فى الحبس[١]

قال[٢]: وإذا ثبت الحق عند القاضى، وطلب صاحب الحق حبس غريمه[٣] لم يعجل بحبسه، وأمره بدفع ما عليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة[٤]، فلا بد من ظهورها، وهذا[٥] إذا ثبت الحق بإقراره، لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة، فلعله طمع[٦] فى الإمهال[٧]، فلم يستصحب[٨] المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله[٩]، أما إذا ثبت[١٠] بالبينة حبسه كما ثبت[١١] لظهور المطل بإنكاره. قال[١٢]: فإن امتنع[١٣] حبسه[١٤] فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة؛ لأنه إذا حصل المال فى يده[١٥] ثبت غناءه به[١٦]، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره، إذ هو لا يلتزم[١٧] إلا ما يقدر على أداءه، والمراد بالمهر معجله[١٨] دون مؤجله.

---

(١) قوله: "فصل فى الحبس" لما كان الحبس من أحكام القضاء، وتعلق به أحكام أفرده فى فصل على حدة، وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿أوينفوا من الأرض﴾، فإن المراد به الحبس، ولم يكن فى زمان النبى ﷺ، وأبى بكر وعمر، وعثمان رضى الله عنهم سجن، وكان يحبسه فى المسجد والدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن على رضى الله عنه أحدث السجن بناه من قصب فنقبه اللصوص، فبنى سجنا من مدر. (ع)

(٢) هذا قول القدورى.

(٣) سواء كان الحق درهمًا، أو أقل منه، أو أكثر منه.

(٤) قوله: "المماطلة" مماطلة دفع الوقت كردن، وفرصت نمودن، ودورو دراز كشيدن كارى. (م)

(٥) أى ترك القاضى العجلة بالحبس.

(٦) أى يقول: إنى ظننت أنك تمهلنى فلم استصحب المال.

(٧) فرصت ومهلت دادن. (م)

(٨) أى لم ينقد.

(٩) مطل -بفتحتين- درنگ كردن دردادن دام. (م)

(١٠) الحق.

(١١) الحق.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) الغريم بعد أمر القاضى بالدفع.

(١٤) إذا طلب المدعى.

(١٥) الغريم.

(١٦) قوله: "ثبت غناءه به" وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يترك بالمحتمل، فلا يسمع قوله: إنى فقير فيحبس. (مل)

(١٧) قوله: "إذ هو لا يلتزم إلخ" فبعد ذلك لا يسمع دعواه بأنه لا يقدر على تسليمه. (ن)

(١٨) قوله: "والمراد بالمهر معجله" لأن العادة جرت على تسليم المعجل، فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل. (ن)

قال[١] : ولا يحبسه فيما سوى ذلك[٢] إذا قال: إنى فقير، إلا أن يثبت غريمه[٣] أن له مالا، فيحبسه؛ لأنه لم يوجد دلالة اليسار، فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعى إثبات غناءه، ويروى[٤] أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك[٥]، لأن الأصل هو العسرة[٦].

ويروى[٧] أن القول له[٨] إلا فيما بد له مال[٩]، وفى[١٠] النفقة[١١] القول قول الزوج أنه معسر، وفى إعتاق العبد المشترك[١٢] القول للمعتق، والمسألتان تؤيدان[١٣] القولين الآخرين[١٤]، والتخريج[١٥] على ما قال[١٦] فى الكتاب: إنه ليس[١٧] بدين مطلق، بل هو صلة حتى تسقط النفقة[١٨] بالموت[١٩] على الاتفاق، وكذا عند أبى

(١) هذا قول القدورى.

(٢) كضمان الغصب وأرش الجناية. (عناية)

(٣) المدعى.

(٤) وهو اختيار الخصاف. (ك)

(٥) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن. (ع)

(٦) قوله: "لأن الأصل هو العسرة" إذ الآدمى يولد ولا مال له، والمدعى يدعى عارضًا، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه، فكان القول قول المديون مع يمينه. (عناية)

(٧) عن الشيخين.

(٨) وهو اختيار أبى عبد الله البلخى. (ك)

(٩) قوله: "إلا فيما بدله مال [كثمن متاع]" لأنه عرف دخول شيء فى ملكه وزواله محتمل، فكان القول للمدعى، وما لم يكن بدله مالا كالمهر، وبدل الخلع، وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه، لأنه لم يدخل فى ملكه شيء، ولم يعرف قدرته على القضاء، فبقى متمسكًا بالأصل، وهو العسرة. (ع)

(١٠) بيان لما هو المحفوظ من الرواية. (عناية)

(١١) قوله: "وفى النفقة إلخ" المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وادعى الزوج أنه معسر، وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج أنه معسر لتمسكه بالأصل. (ك)

(١٢) قوله: "وفى إعتاق إلخ" أى أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد، وزعم أنه معسر كان القول له. (ع)

(١٣) قوله: "تؤيدان إلخ" وتخالفان القول الأول، لأن فيهما التزامًا إذ إقدامه على النكاح، والإعتاق أمارة قدرته على النفقة والضمان، كما فى المهر والكفالة. (ك)

(١٤) فإن فيهما القول قول من عليه وليس بدل النفقة، وبدل ضمان الإعتاق مالا.

(١٥) قوله: "والتخريج إلخ" يعنى تخريج هاتين المسألتين على وجه لا تردان نقضًا على ما قال فى الكتاب فى ظاهر الرواية حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال، أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون دينًا على المدعى عليه مطلقًا، وفى هاتين المسألتين النفقة ليست بدين مطلقًا، حتى يسقط بالموت، وكذا ضمان الإعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. (ك)

(١٦) يعنى القدورى.

(١٧) قوله: "أنه ليس بدين مطلق" فإنه قد تقدم أن الدين الصحيح هومالايسقط إلابإبراء من له، أوبإيفاء من عليه. (ع)

(١٨) أى نفقة الأيام الماضية.

حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق.

ثم فيما كان القول قول المدعى أن له[١] مالا، أو ثبت ذلك[٢] بالبينة فيما كان القول قول من عليه[٣] يحبسه شهرين، أو ثلاثة[٤]، ثم يسأل عنه[٥] فالحبس لظهور ظلمه[٦] فى الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة[٧]، فقدر[٨] بما ذكره[٩]، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر[١٠]، أو أربعة إلى ستة أشهر[١١]، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى[١٢] لاختلاف أحوال الأشخاص فيه[١٣].

فإن لم[١٤] يظهر له مال خلى[١٥] سبيله، يعنى بعد[١٦] مضى المدة، لأنه استحق النظرة[١٧] إلى الميسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا، ولو قامت البينة[١٨] على إفلاسه

---

(١٩) أى بموت الزوج.

(١) المدعى عليه.

(٢) أى كون المدعى عليه ذا مال.

(٣) الحاكم.

(٤) هو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة. (ك)

(٥) جيرانه عن يساره وعساره.

(٦) وفى نسخة: مظلمه.

(٧) أى ظهور ماله لو كان.

(٨) محمد.

(٩) أى شهرين أو ثلاثة.

(١٠) قوله: "بشهر [ذكره الطحاوى]" لأن ما دونه عاجل، والشهر آجل، قال شمس الأئمة الحلوانى: وهو أرفق الأقاويل فى هذا الباب. (م)

(١١) هو رواية الحسن عن أبى حنيفة.

(١٢) قوله: مفوض إلخ" فإن مضى أربعة أشهر، ووقع للقاضى أنه متعنت يستديم حبسه، وإن كان دون ذلك بأن كان شهرين أو دونه، ووقع أنه عاجز لا مال له أطلقه من السجن. (عينى)

(١٣) أى فى احتمال الحبس.

(١٤) قوله: "فإن لم يظهر إلخ" أى إن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه، وبعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر، أو شهرين، أو أربعة على ما تقدم على سبيله. (عناية)

(١٥) الحاكم.

(١٦) متعلق بقوله: لم يظهر.

(١٧) تأخير كردن ومهلت دادن. (م)

(١٨) قوله: "ولو قامت [بأن أخبر واحد ثقة، أو اثنان] البينة إلخ" كيفية الشهادة على الإفلاس، حكى عن أبى القاسم أنه قال: ينبغى أن يقول: أشهد أنه مفلس معدم، لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه، وثياب ليلته، وقد اختبرنا

قبل المدة تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل[١]، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله. قال[٢] في الكتاب: خلي سبيله، ولا يحول[٣] بينه وبين غرماءه[٤]، وهذا كلام[٥] في الملازمة، وسنذكره في كتاب الحجر[٦] إن شاء الله تعالى.

وفي "الجامع الصغير"[٧]: رجل أقر عند القاضي بدين، فإنه يحبسه، ثم يسأل[٨] عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلي سبيله، ومراده إذا أقر عند غير القاضي[٩]، أو عنده مرة، فظهرت مماطلته، والحبس أولا[١٠]، ومدته قد بيناه[١١]، فلا نعيده[١٢].

قال[١٣]: ويحبس الرجل في نفقة زوجته[١٤]؛ لأنه ظالم بالامتناع، ولا يحبس

أمره في السر والعلانية. (ك)

(١) قوله: "وفي رواية لا تقبل" وفي "الذخيرة": فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل، أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان، فعن محمد رحمه الله فيه روايتان، في رواية قال: لا يحبسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وقال أبو بكر الإسكاف: وعامة مشايخ ماوراء النهر: أن القاضي يحبسه، ولا يلتفت إلى هذه البينة، وهذا لأن البينة على الإعسار بينة على النفي، فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعد ما حبس، ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد، لأن الظاهر أنه لو كان قادراً على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس. (ك)

(٢) أي القدوري. (ع)

(٣) بعد خروجه عن الحبس.

(٤) بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف.

(٥) قوله: "وهذا كلام" يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه عن الحبس. (عناية)

(٦) في باب الحجر بسبب الدين. (ع)

(٧) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" إنما ذكر لفظ "الجامع الصغير" ههنا، لأن رواية "الجامع الصغير" من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أول هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة. وما ذكر في "الجامع الصغير" يقتضي بجواز الحبس متصلا بإقراره حيث قال: يحبسه، ثم يسأل عنه، فثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ "الجامع الصغير" كما هو، ثم ذكر تأويله بقوله: ومراده إذا أقر إلخ، إزالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر. (ك)

(٨) أي جيرانه عن يساره وعساره.

(٩) قوله: "ومراده [أي محمد] إذا إلخ" يعني مراد محمد فيما إذا ثبت الحق بالإقرار، ثم يثبت المماطلة فترافعا إلى القاضي، فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار. (عيني)

(١٠) قوله: "والحبس أولا [أي قبل السؤال عن الجيران] إلخ" يعني أن المذكور في "الجامع الصغير" من الحبس أولا، ومدته بيناه، وليس فيه مخالفة لما بيناه، فنحتاج إلى ذكره ثانياً. (عناية)

(١١) من أنه شهر أو غيره.

(١٢) أي بينا الحبس أولا، ومدته فلا نعيده. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "في نفقة إلخ" إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته، أو اصطلحا على مقدار، فلم ينفق عليها،

الوالد[(١)] في دين ولده ؛ لأنه[(٢)] نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص[(٣)]، إلا إذا امتنع[(٤)] عن الإنفاق عليه[(٥)]، لأن فيه إحياء لولده[(٦)]، ولأنه لا يتدارك لسقوطها[(٧)] بمضي الزمان، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي[(٨)]

قال[(٩)]: ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق[(١٠)] إذا شهد به[(١١)] عنده[(١٢)] للحاجة على ما نبين[(١٣)]، فإن شهدوا[(١٤)] على خصم[(١٥)] حاضر حكم

ورفعت إلى الحاكم حبسه. (م)

(١) وكذا الأم، والجد، والجدة. (ك)

(٢) الحبس.

(٣) قوله: "كالحدود والقصاص" فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده. (عيني)

(٤) الوالد.

(٥) الولد.

(٦) وفي تركه سعي لهلاكه. (م)

(٧) قوله: "لسقوطها" أي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان، أما الدين لا يسقط بمضي الزمان، فافترقا في حق هذا الحكم، فيفترقان في حق الحبس أيضاً. (ك)

(٨) قوله: "باب كتاب إلخ" أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد، وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين. (ع)

قوله: باب كتاب إلخ" هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين، فهو كالمركب بالنسبة إلى ما قبله، كذا في "الفتح"، وهذا أولى من قول الزيلعي أنه ليس من كتاب القضاء، لأنه إما نقل شهادة، أو نقل حكم نعم هو من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب، انتهى، وحيث كان من عملهم، فكيف ينفيه بحر، وأجاب في النهر: بأن المنفي كونه قضاء، والمثبت كونه من أحكامه. (رد المحتار)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "في الحقوق" أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة، وقيد بالحقوق لما في الأعيان المنقولة خلاف. (ك)

(١١) المكتوب إليه أي بالكتاب. (ن)

(١٢) أي عند القاضي.

(١٣) وهو ما ذكره بعده، وجوازه لمساس الحاجة إلخ. (ك)

(١٤) قوله: "فإن شهدوا إلخ" هذا بيان أن كتاب القاضي إلى القاضي نوعان: المسمى سجلا، والمسمى بالكتاب الحكمي، والفرق بينهما: أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، والثاني إن وافقه أنفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به. (م)

(١٥) قوله: "على خصم" قيل: المراد بالخصم ههنا الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعل وكيلا لإثبات الحق عليه، وإن لم يكن وكيلا عنه في الحقيقة إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى قاض آخر، لأن حكم القاضي قد تم، ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه، وأن يكون مراده بيان أن هذا الكتاب هو المدعو سجلا لا أنه يكتب إلى قاض آخر، أو كان المدعى به مبيعاً، فأراد المدعى عليه الرجوع على بائعه، وهو في بلدة أخرى، فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه إلى قاضي تلك البلدة. (ك)

بالشهادة؛ لوجود الحجة، وكتب بحكمه وهو[١] المدعو[٢] سجلا، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

وكتب[٣] بالشهادة[٤] ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتاب الحكمي[٥]، وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط[٦] نذكرها[٧] إن شاء الله، وجوازه[٨] لمساس الحاجة[٩] لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه، فأشبه[١٠] الشهادة على الشهادة. وقوله[١١]: في الحقوق يندرج تحته الدين،

قوله: "على خصم حاضر" قال في "النهاية": المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعله القاضي وكيلا لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاضٍ آخر.

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: إن قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله: وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة، كذا في "الدرر". قلت: وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاضٍ آخر، حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة لا لبعثه إلى قاضٍ آخر، لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب، وهي الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك.

وذكر في "النهر" عن الزيلعي: أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه، وجحد الحكم فحينئذٍ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه، انتهى. وحاصله: أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاضٍ آخر، فيكون ذكرها مقصوداً في الباب. وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي، ولو كان الخصم حاضراً، وذلك لإمضاء قاضٍ آخر كما إذا ادعى على آخر ألفاً، وبرهن، وحكم به، ثم اصطلحا أن يأخذه منه في بلد آخر، وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضي البلد. (رد المحتار)

(١) أي المكتوب فيه الحكم.

(٢) قوله: "هو المدعو سجلا" [على البناء للمفعول. ك] هو -بكسر السين والجيم وتشديد اللام- والضمتان مع التشديد، والفتح مع سكون الجيم، والكسر لغات قهستاني عن الكشاف. (رد المحتار)

(٣) القاضي إلى المكتوب إليه.

(٤) أي بما سمعه من الشهادة.

(٥) لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه.

(٦) قوله: "بشرائط" منها العلوم الخمسة، وهي أن يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم بمعلوم على معلوم. (ع)

(٧) هو الموعود وبقوله: على ما نبين. (ع)

(٨) قوله: "وجوازه [أي جواز كتاب القاضي إلى القاضي] إلى آخره" والقياس يأبى جوازه، إذ فيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم، إلا أنه جوز لحاجة الناس، ولما روى أن علياً رضي الله عنه جوزه لذلك. (عناية)

(٩) قوله: "لمساس الحاجة" ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة، فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب. (ك)

(١٠) قوله: "فأشبه الشهادة إلخ" فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد، فكذا جوز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس، فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان. (عناية)

(١١) أي قول القدوري. (عناية)

والنكاح(١)، والنسب، والمغصوب، والأمانة المجحودة، والمضاربة المجحودة؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين(٢)، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل(٣) فى العقار(٤) أيضًا، لأن التعريف فيه بالتحديد(٥)، ولا يقبل فى الأعيان(٦) المنقولة للحاجة إلى الإشارة(٧). وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقبل فى العبد دون الأمة، لغلبة الإباق فيه(٨) دونها، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط(٩) تعرف فى

---

(١) قوله: "يندرج تحته الدين، والنكاح" بأن ادعى رجل نكاحا على امرأة، أو بالعكس، وكذلك الطلاق إذا ادعت امرأة على زوجها، فإن قيل: الإشارة فى باب النكاح شرط، وكتاب القاضى إلى القاضى فيما يحتاج إلى الإشارة لا يجوز، قيل: الإشارة إلى الخصم شرط، وهو الرجل أو المرأة، وهو ليس بمدعى به إنما المدعى به شيء آخر، وهو نفس النكاح لا نفس المرأة، ولا نفس الرجل، فصار النكاح نظير الدين فى الذمة، والإشارة إلى الغريم شرط، ومع هذا جاز كتاب القاضى فيه، كذا ههنا والنسب بأن ادعى نسبا مثلا من الميت، والغصب، بأن ادعى غصبا على رجل، والأمانة المجحودة من المودع، والمضاربة المجحودة من المضارب، وإنما قيد الأمانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين، إذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الأعيان المنقولة، ولا يقبل كتاب القاضى فيها. (ملخص الحواشى)

قوله: "يندرج تحته إلخ" هو المروى عن محمد، وبه يفتى للضرورة، وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى، وعن الثانى تجويزه فى العبد دون الأمة، وعنه تجويزه فى الكل.

قال الإسبيجابى: وعليه الفتوى، والقياس أن لا يجوز، لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، ولو أخبر القاضى فى محله لم يعمل بإخباره، فكتابته أولى، وإنما جوزناه لأثر على رضى الله عنه، وللحاجة بحر. (رد المحتار)

(٢) والدين يجوز فيه الكتاب، فكذا فيما كان بمنزلته. (ع)

(٣) أى كتاب القاضى إلى القاضى.

(٤) أى فى دعوى العقار.

(٥) أى بيان الحدود الأربعة ولا يحتاج إلى الإشارة. (ع)

(٦) كالدابة والثوب والعبد.

(٧) إلى المدعى به.

(٨) قوله: "لغلبة الإباق [العبد] إلخ" فإن العبد يخدم خارج البيت غالبًا، فيقدر على الإباق، فيمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمة، فإنها داخل البيت غالبًا. (عناية)

(٩) قوله: "بشرائط" وصفة ذلك بخارى أبق عبد له إلى سمرقند مثلا، فأخذه سمرقندى، وشهود المولى ببخارا، فطلب من قاضى بخارا أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك، ويكتب شهد عندى فلان وفلان، بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت لملك فلان المدعى .. اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ليرسلها، ويجعل على كتابه شاهدين، ويعلمهما ما فيه، ويرسله إلى سمرقند فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيديه، ليشهدا عنده عليه بالكتاب، وبما فيه، فيقبل شهادتهما، ويفتح الكتاب، ويدفع العبد إلى المدعى، ولا يقضى له به لأن شهادة شاهدى الملك لم يكن بحضرة العبد، ويأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد، ويجعل فى عنق العبد خاتما من رصاص كى لا يتهم المدعى بالسرقة. ويكتب كتابًا إلى قاضى بخارا، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه، وعلى ما فى الكتاب، فإذا وصل إلى قاضى بخارا، وشهد بالكتاب، وختمه أمر المدعى بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد، وكتب إلى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرأ كفيله. وفى رواية عن أبى يوسف رحمه الله أن قاضى بخارا لا يقضى للمدعى بالعبد، لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضى له به بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب

موضعه[١]. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول، وعليه المتأخرون رحمهم الله. قال[٢]: ولا يقبل الكتاب[٣] إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، فلا يثبت إلا بحجة[٤] تامة، وهذا[٥] لأنه ملزم، فلا بد من الحجة، بخلاف[٦] كتاب الاستئمان من أهل الحرب، لأنه[٧] ليس بملزم[٨]، وبخلاف رسول القاضي[٩] إلى المزكي[١٠] ورسوله إلى القاضي، لأن الإلزام[١١] بالشهادة لا بالتزكية[١٢]. قال[١٣]: ويجب[١٤] أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم[١٥] به[١٦]؛ لأن لا شهادة بدون العلم، ثم يختمه بحضرتهم[١٧]،

إليه يفعل ذلك، ويبرأ الكفيل، وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبد غير أن القاضى لا يدفع الجارية إلى المدعى، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين كيلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه. (عناية)

(١) قوله: "تعرف فى موضعه" وموضعه كتاب الإباق من "المبسوط"، وباب كتاب القاضى إلى القاضى من شرح أدب القاضى للصدر الشهيد، وهو الباب التاسع والخمسون منه، وكتاب أدب القاضى من "الذخيرة". (نهاية)

(٢) أى القدورى فى نسخة العينى: وقال: بالواو. (عينى)

(٣) أى كتاب القاضى إلى القاضى. (ع)

(٤) وهى البينة. (نهاية)

(٥) قوله: "هذا" أى اشتراط الحجة التامة فى كتاب القاضى بأن هذا الكتاب كتاب فلان القاضى، لأنه، أى لأن كتاب القاضى ملزم، فلا بد للملزم من الحجة حتى يثبت بها كونه ملزماً، والحجة هى البينة. (نهاية)

(٦) قوله: "بخلاف كتاب الاستيمان إلخ" يعنى إذا جاء من ملك أهل الحرب فى طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الإمام صح. (نهاية)

(٧) قوله: "لأنه ليس بملزم" لأن كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزم، لأن الإمام بالخيار إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا يشترط البينة. (ك)

(٨) على الإمام.

(٩) حيث يقبل بغير بينة.

(١٠) قوله: "إلى المزكى" إنما قيد بقوله: إلى المزكى، لأن رسول القاضى إلى القاضى غير معتبر أصلا فى حق لزوم القضاء عليه بالبينة، ولا بغير البينة، وفى جواز كتاب القاضى إلى القاضى وردا لأثر وإجماع التابعين عليه، ولم يرد مثل ذلك فى الرسول فعمل فيه بالقياس. (نهاية)

(١١) على المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لا بالتزكية" حتى لو قضى القاضى بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق. (نهاية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "ويجب" أى يجب على القاضى الكاتب أن يقرأ كتابه الذى كتب إلى قاض آخر على الشهود الذين يشهدهم كتابه الكتاب. (نهاية)

(١٥) الشهود.

(١٦) أى بما فيه.

(١٧) الشهود.

ويسلمه إليهم[١]، كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن علم ما في الكتاب، والختم بحضرتهم شرط، وكذا[٢] حفظ[٣] ما في الكتاب عندهما، ولهذا يدفع[٤] إليهم كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم[٥] معاونة على حفظهم. وقال أبو يوسف رحمه الله آخرًا[٦]: شيء من ذلك[٧] ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم[٨] أن هذا كتابه وخاتمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضًا، فسهل[٩] في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة[١٠]، واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله[١١].

قال[١٢]: فإذا وصل إلى القاضي[١٣] لم يقبله إلا بحضرة الخصم؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة[١٤]، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب[١٥]، لأنه للنقل لا للحكم. قال[١٦]: فإذا سلمه الشهود إليه[١٧] نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا[١٨] أنه كتاب

---

(١) قوله: "ويسلمه إليهم" أي إلى الشهود، وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف رحمهم الله تعالى، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله. (ن)

(٢) أي يشترط.

(٣) قوله: "حفظ" أي من وقت التحمل إلى وقت الأداء، كما في جميع الشهادات.

(٤) القاضي الكاتب.

(٥) الشهود.

(٦) وأولا ما قال الإمام.

(٧) أي علم ما في الكتاب والختم والحفظ.

(٨) قوله: "والشرط أن يشهدهم إلخ" وأجمعوا في الصك على أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. (ن)

(٩) أبو يوسف.

(١٠) يعني أن أبا يوسف عاين ذلك فهو أعرف منا.

(١١) تيسرًا على الناس. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإذا وصل [أي كتاب القاضي] إلخ" لما فرغ عن بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه. (ع)

(١٤) قوله: "لأنه [أي الكتاب] إلخ" أو لأن ذلك في معنى الشهادة على الشهادة، فإن القاضي الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة الأصل بعبارته، ولا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضر من الخصم، فكذا ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "بخلاف سماع القاضي الكاتب" أي فإنه يسمع شهادة شهود المدعي مع أن الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر. (نهاية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي إلى القاضي المكتوب إليه.

فلأن القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضاءه، وقرأه علينا، وختمه، فتحه القاضي[١] وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه[٢]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه، وخاتمه قبله على ما مر[٣]، ولم يشترط في الكتاب[٤] ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفض[٥] الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله، لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود[٦].

وإنما يمكنهم أداء الشهادة[٧] بعد قيام الختم، وإنما يقبله[٨] المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل، أو لم يبقَ أهلا للقضاء[٩] قبل وصول الكتاب[١٠] لا يقبله، لأنه التحق بواحد[١١] من الرعايا[١٢]، ولهذا[١٣] لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله[١٤]، أو في غير عملهما. وكذلك لو مات المكتوب إليه[١٥] إلا إذا كتب إلى فلان ابن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه[١٦] من قضاة

---

(١٨) الشهود.

(١) المكتوب إليه.

(٢) الكتاب.

(٣) من قوله: وقال أبو يوسف رحمه الله: آخرًا إلخ.

(٤) قوله: "ولم يشترط في الكتاب [أي في القدوري. ع]" حيث لم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعلم بهذا أنه لم يشترط العدالة للفتح. (ن)

(٥) أي يفتح. (٦) فض: شكستن مهر نامه. (من)

(٦) قوله: "لأنه ربما إلخ" أي لأن العدالة متى لم تظهر يحتاج إلى أن يزيد في شهوده لعدم ظهور عدالة هؤلاء. (مل)

(٧) يشهدون أن هذا كتاب فلان القاضي، وختمه، وأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك.

(٨) الكتاب.

(٩) قوله: "أو لم يبق أهلا للقضاء" لجنون أو إغماء، أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ. (ع)

(١٠) أو بعد الوصول قبل القراءة.

(١١) قوله: "لأنه التحق إلخ" هذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت، أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر، لأن الميت أو المجنون لا يلحق بواحد من الرعايا، ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حيًا، وعلى أهلية القضاء لم يبقَ كلامه حجة، فلأن لا يبقى الموت أو الخروج عن الأهلية أولى. (عناية)

(١٢) فلا ينفذ الحكم بكتابه.

(١٣) أي لكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا.

(١٤) قوله: "لا يقبل إخباره إلخ" أي إذا أخبر القاضي قاضيًا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل، وقاضيان لو التقيا في مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: ثبت عندي لفلان كذا، فأعمل بما يحق لك لم يقبل منه، ولم ينفذ، لأن السماع وجد من غير القاضي حيث لم يكن في مكان ولايته. (عيني)

(١٥) قوله: "وكذلك لو مات إلخ" أي لا يفيد كتاب القاضي فيه أيضًا بل يبطل حكمه. (نهاية)

المسلمين، لأن غيره صار تبعًا له[١] وهو معرف، بخلاف ما إذا كتب[٢] ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمه الله، لأنه غير معرف[٣]، ولو كان مات[٤] الخصم[٥] ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه[٦].

ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص؛ لأن فيه شبهة البدلية[٧] فصار كالشهادة على الشهادة[٨]، ولأن مبناهما على الإسقاط، وفي قبوله سعي في إثباتهما[٩].

فصل آخر[١٠]

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارًا بشهادتها[١١] فيهما، وقد مر الوجه[١٢]، وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء[١٣] إلا أن يفوض

(١٦) الكتاب.

(١) وكم من شيء يجوز تبعًا، وإن كان لا يجوز قصدًا.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كتب إلخ" أي كتب من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا إلى من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء. (ك)

(٣) قوله: "لأنه غير معرف" حاصل الكلام أنه في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم، فأتى بما هو شرط، هو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعًا له، وفي الصورة الثانية من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط. (عيني)

(٤) أي قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي.

(٥) أي المدعى عليه.

(٦) قوله: "ينفذ إلخ" سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده. (عناية)

(٧) قوله: "البدلية" فإن الشهود الأصول شهدوا عند الكاتب، وكتب شهادتهم، ونقلت في الكتاب.

(٨) وهي غير مقبولة فيهما.

(٩) فلا يقبل.

(١٠) قوله: "فصل آخر" قال في "النهاية": قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلا اتصل به قضاءه يجب على القاضي المكتوب أمضاه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي، فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعدد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها. وهذا الفصل لبيان ذلك، وما يلحقه، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب أدب القاضي إلى القاضي لكن قوله: آخر ينافي ذلك، لأنه ليس في ذلك الكتاب فصل قبل هذا، حتى يقول: فصل آخر، والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فإنه تقدم فصل الحبس، وهذا فصل آخر. (ع)

(١١) المرأة.

(١٢) قوله: "وقد مر الوجه" أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلا للقضاء فهو أهل للشهادة، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرهما. وقيل: أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله: لأن فيه شبهة البدلية، فلا يعتبر فيهما شهادتها لذلك، كما سيجيء، وقضاءها مستفاد من شهادتها. (ع)

(١٣) بعذر أو غيره. (ع)

إليه ذلك[١]؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به[٢]، فصار كتوكيل الوكيل[٣]، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف[٤]، لأنه على شرف[٥] الفوات لتوقته[٦]، فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة[٧]، ولا كذلك القضاء[٨].

ولو قضى الثاني[٩] بمحضر من الأول، أو قضى الثاني[١٠] فأجاز الأول جاز، كما في الوكالة[١١]، وهذا[١٢] لأنه حضره رأي الأول[١٣]، وهو الشرط، وإذا فوض إليه[١٤] يملكه، فيصير الثاني نائبًا عن الأصيل[١٥]، حتى لا يملك الأول عزله[١٦]، إلا

---

(١) الاستخلاف.

(٢) أي بالقضاء. (ع)

(٣) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك. (عناية)

(٤) قوله: "حيث يستخلف [وإن لم يأذن له ذلك] إلخ" لكن استخلاف الإمام غيره في الجمعة إنما يجوز أن لو كان ذلك الغير سمع الخطبة، وأما إذا لم يكن ذلك الغير شهد الخطبة لم يجز له أن يصلي بهم الجمعة، لأن الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة، فإذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالأول. فإن قيل: يشكل هذا بما لو افتتح الأول الصلاة، ثم سبقه الحدث، فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز، قلنا: لأن هناك الثاني بان، وليس بمفتتح، والخطبة من شرائط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصل، فيغني عن اعتباره في حق التبع. (ن)

(٥) شرف محركة برامر بزرگ رسيدن از خير يا از شر.

(٦) أي لتوقت أداء الجمعة بوقت يفوت بانقضاءه.

(٧) وإن لم يكن صريحًا.

(٨) قوله: "ولا [أي ليس القضاء كالجمعة. ع] كذلك القضاء" لأن القضاء غير موقت، ولا يفوت بتأخيره عند العذر، والجمعة موقتة تفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف، ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أداءها في الوقت، فقد صار راضيًا باستخلافه. (ك)

(٩) أي لو فرضنا أنه استخلف وقضى إلخ. (ع)

(١٠) عند غيبة الأول. (ن)

(١١) قوله: "كما في الوكالة" فإن الوكيل إذا وكل غيره، ولم يأذن له الموكل ذلك فعقد وكيله بحضرته، أو بغير حضرته، وأجاز الوكيل الأول جاز. (ك)

(١٢) أي الجواز للمسألتين يصلح دليلا، أي مسألة القضاء ومسألة الوكالة.

(١٣) وكان رأيه معتمداً عليه للخليفة.

(١٤) قوله: "وإذا فوض إليه" أي إذا فوض القضاء إلى القاضي يملك القاضي الاستخلاف حينئذ، وهو أن يقول الخليفة للقاضي: ولّ من شئت كان له أن يولي غيره، قيل: ماالفرق بين الوصي والقاضي، فإن كلا منهما مفوض إليه من جهة الغير، والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلا وإيصاء.

وأجيب بأن أوان وجوب الوصايا ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجرى على موجب الوصاية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصى، فيكون الموصى راضيًا بالاستعانة من غيره، ولا كذلك القضاء. (مل)

(١٥) أي الخليفة. (ك)

(١٦) الثاني.

إذا فوض إليه[(١)] العزل، هو الصحيح.

قال: وإذا[(٢)] رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه[(٣)]، إلا أن يخالف الكتاب[(٤)]، أو السنة[(٥)]، أو الإجماع[(٦)]، بأن يكون[(٧)] قولا لا دليل عليه.

وفي "الجامع الصغير"[(٨)]: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء

---

(١) أي إلى الأول.

(٢) هذه مسألة القدورى.

(٣) أى نفذه.

(٤) قوله: "إلا أن يخالف الكتاب" كالحكم بحل متروك التسمية عامداً، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾. (ع)

قوله: "إلا أن يخالف إلخ" إذا رفع إليه حكم قاض خرج المحكم، ودخل الميت والمعزول، والمخالف لرأيه، لأنه نكرة فى سياق الشرط، فتعم آخر قيد اتفاقى إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال نفذه، أى ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه عالمًا باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاءه، ولا يمضيه الثانى فى ظاهر المذهب. (زيلعى وعيني، وابن كمال) لكن فى "الخلاصة": ويفتى بخلافه، وكأنه تيسيرا، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان افتاء، فيحكم بمذهبه لا غير. (بحر) وسيجيء آخر الكتاب: وأنه إذا ارتاب فى حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر، وقد تعارفوا فى زماننا القضاء بالموجب، وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى شرعاً من حيث إنه يقضى به، فإذا حكم حنفى بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع. ولو قال الموثق: وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه، وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم إلا ما عرى عن دليل، أو خالف كتابًا لم يختلف فى تأويله السلف كمتروك التسمية، أو سنة مشهورة كتحليل بلا وطئ لمخالفته حديث العسيلة المشهورة، أو إجماعًا كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده، وكبيع أم ولد على الأظهر، وقيل: ينفذ على الأصح، ومن ذلك ما لو قضي بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». أو بقصاص بتعيين الولى واحداً من أهل المحلة، أو بصحة نكاح المتعة، أو الموقت، أو بصحة بيع معتق البعض، أو بسقوط الدين بمضى سنين، أو بصحة طلاق الدور، وبقاء النكاح وقضاء عبد وصبى وكافر أبداً ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة لا ينفذ فى الكل، وعد منها فى الأشباه نيفًا وأربعين، وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صور، والأصل أن القضاء يصح فى موضع الاختلاف لا الخلاف. (در مختار)

(٥) قوله: "أو السنة" أى المشهورة منها كالحكم فى المطلقة ثلاثًا بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فإنه يخالف الحديث المشهور، وهو حديث رفاعة: لا، حتى تذوقى من عسيلته، ويذوق هو من عسيلتك. (ك)

(٦) قوله: "أو الإجماع" كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمداً، فإنه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الأول، فكان قضاءه بخلاف الإجماع. (ك)

(٧) قوله: "بأن يكون إلخ" وفى بعض النسخ: أو يكون قولا لا دليل عليه، كما إذا مضى على الدين سنون، فحكم بسقوط الدين عمن عليه، لتأخير المطالبة، فإنه لا دليل شرعى يدل على ذلك، كذا فى "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وفى الجامع إلخ" إنما ذكر رواية "الجامع الصغير" بهذا اللفظ المذكور، لأن فيه فائدتين أحدهما: أنه قيد فيه بالفقهاء، لأن القاضى إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاءه بموضع الاجتهاد، فعلى قول العامة لا يجب على الثانى تنفيذ حكمه. والثانية: أنه قيد بقوله: يرى غير ذلك، ففى رواية القدورى لم يتعرض ذلك، وكان يحتمل أن يحمل قوله: أمضاه فيما إذا كان رأى القاضى الثانى موافقا لحكم الأول، وأما إذا كان مخالفًا فلا يمضيه، وأما رواية "الجامع الصغير" فتحكم، بأن ذلك الإمضاء عام سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه لما كان يمضى حكم القاضى الأول فيما يخالف رأيه ينفذ فيما كان يوافقه أولى. (نهاية)

قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه[١]، والأصل[٢] أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدًا فيه ينفذ، ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول[٣]، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض[٤] بما هو دونه[٥].

ولو قضى[٦] في المجتهد فيه مخالفًا لرأيه ناسيًا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان[٧] عامدًا ففيه روايتان، ووجه النفاذ[٨] أنه ليس بخطأ بيقين[٩]، وعندهما لا ينفذ في الوجهين[١٠]، لأنه قضى بما هو خطأ عنده[١١]، وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه[١٢] أن لا يكون مخالفًا؛ لما ذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها، وفيما اجتمع عليه الجمهور[١٣] لا يعتبر مخالفة البعض[١٤] وذلك خلاف، وليس

---

(١) القضاء الأول.

(٢) قوله: "والأصل" أي في تنفيذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفًا للأدلة المذكورة أن إلخ. (ع)

(٣) في احتمال الخطأ.

(٤) الأول، وإلا فينقض الثاني بالثالث وهكذا.

(٥) أي أدنى درجة منه، وهو ما لم يتصل القضاء به. (ن)

(٦) القاضي.

(٧) أي يتعمد مخالفة مذهبه.

(٨) قوله: "ووجه النفاذ [وهو دليل النسيان أيضًا. ع] إلخ" ووجه عدم النفاذ أنه زعم فساد قضاءه وهو مؤاخذ بقضاءه بزعمه. (ع)

(٩) لكونه مجتهدًا فيه. (عناية)

(١٠) النسيان والعمد.

(١١) فهو زاعم بفساد قضاءه.

(١٢) قوله: "ثم المجتهد فيه إلخ" لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه، فقال: ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفًا لما ذكرناه من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه، ولو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض، لأنه باطل بخلاف المجتهد فيه، فإذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول، ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد، وهو نافذ بالإجماع. والثاني مخالف للإجماع فلا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب وجاريته، ووطئها إن وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. (ع)

(١٣) أي أجل الناس، وأكثرهم. (ع)

(١٤) قوله: "لا يعتبر إلخ" فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف مما لم يسوغ اجتهاده ذلك، وأنكر الجميع قوله كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل، فإنه لم يسوغ له ذلك حتى روى أنه رجع إلى قولهم، ولم يتبعه أحد، وأنكروا عليه. فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه، لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه، كقول ابن عباس في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من

باختلاف، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول[١].

قال[٢]: وكل شيء قضي به القاضى فى الظاهر بتحريمه[٣]، فهو فى الباطن كذلك[٤] عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذا إذا قضى بإحلال[٥]، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين[٦]، وهى مسألة قضاء القاضى فى العقود[٧]، والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح.

قال: ولا يقضى[٨] القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه[٩]، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز[١٠] لوجود الحجة، وهى البينة، فظهر الحق، ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة[١١]، ولا منازعة بدون الإنكار[١٢]، ولم يوجد[١٣]، ولأنه[١٤]

الأخوة، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفًا للإجماع. (عناية)

(١) قوله: "والمعتبر الاختلاف إلخ" معناه أن الاختلاف الذى يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذى كان بين الصحابة والتابعين، لا الذى يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعى أو المالكى برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه. (ع)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) أى فيما بيننا. (ع)

(٤) قوله: "فهو فى الباطن [أى عند الله. ع] كذلك [أى حرام]" ومن صوره: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت بينة كاذبة، وقضى القاضى بالفرقة، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف رحمهما الله أولا: لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً وباطنًا، ويحل للثانى ظاهراً وباطنًا علم بحقيقة الحال أو لا، وعلى قول محمد رح لا يحل للثانى وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال. (عينى)

(٥) قوله: "وكذا إذا قضى إلخ" يعنى إذا قضى القاضى بإحلال شيء فى الظاهر فهو فى الباطن كذلك، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحا، وهى تجحد، فأقام عليها شاهدى زور، وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للزوج وطئها، وحل للمرأة التمكين عند أبى حنيفة، وعند محمد رحمه الله لا يحل لهما ذلك. (عينى)

(٦) قوله: "بسبب معين [كنكاح، أو بيع، أو طلاق، أو عتاق لا فى الأملاك المرسلة. عناية]" وأما لو ادعى ملكا مطلقًا بلا بيان السبب فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالإجماع، لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنا، لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقًا، لأن إنشاء الملك مطلقًا بلا سبب ليس فى وسع العباد، وتعذر إنشاء السبب، لأن فى أسباب الملك كثرة، وليس البعض بأولى من البعض. (نهاية)

(٧) قوله: "فى العقود" منها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشترى مثل ما إذا قال: بعتنى هذه الجارية، أو من جهة البائع، مثل ما إذا قال: اشتريت منى هذه الجارية، فإنه يحل للمشترى وطئها فى الوجهين جميعًا. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد فى الجارية، وأقام شاهدى زور، وقضى القاضى بالفرقة (ع)

(٨) هذا قول القدورى.

(٩) كالوكيل.

(١٠) قوله: "يجوز" أى إذا غاب عن البلد، أو عن مجلس الحكم، واستتر فى البلد، وإلا لا، لأن فى الاستتار تضييع الحقوق دون غيره. (ع)

(١١) قوله: "لقطع المنازعة" لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها. (عينى)

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء، لأن أحكامهما[١] مختلفة. ولو أنكر[٢] ثم غاب، فكذلك الجواب[٣]، لأن الشرط[٤] قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله[٥]، ومن يقوم مقامه[٦] قد يكون نائبًا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي[٧]، وقد يكون حكمًا[٨] بأن كان ما يدعى على الغائب سببًا لما يدعيه[٩] على الحاضر[١٠]، وهذا[١١]

---

(١٢) قوله: "ولا منازعة بدون الإنكار" فإن قيل: قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت، أجيب بأن الشرع أنزله منكرًا حملا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت لو كان عليه دين.
وإن قال: سلمنا أن لا منازعة إلا بانكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه، فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك، قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعى صادق ظاهراً لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل فهو لا يترك الإقرار بعقله ودينه أيضًا. (ع)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [أي الإنكار]" والبينة بدون حضوره ليس بحجة لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء.

(١٤) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشان. (ع)

(١) قوله: "لأن أحكامهما" أي أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار، وأحكام القضاء مع الإقرار مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وعلى الأصل لا على الاقتصار في الحال، وحكم القضاء بالإقرار بخلافه.
بيانه: رجل اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لم يأخذ ولدها، لأن البينة حجة مطلقة، لأنها كاسمها مبينة مظهرة ملك الجارية من الأصل، فيكون الولد متفرعًا من جارية مملوكة للمستحق، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض. (كفاية)

(٢) المدعى عليه.

(٣) قوله: "فكذلك الجواب [لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء. عناية]" يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر، وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء. (ع)

(٤) أي شرط صحة البينة. (ن)

(٥) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات. (ع)

(٦) قوله: "ومن يقوم إلخ" لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. (ع)

(٧) قوله: "كالوصي إلخ" احتراز عن المسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين، فإنه ذكر في "الذخيرة": إذا نصب القاضي مسخراً عن الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخر: أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه. (نهاية)

(٨) أي من حيث الحكم. (ك)

(٩) قوله: "سببًا [أي سببًا لازمًا. ع] لما يدعيه إلخ" أي سببًا لا محالة، أما إذا لم يكن سببًا لا محالة لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب كما إذا قال لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه كان طلقني ثلاثًا، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلى إعادة البينة، لأن المدعى به على الغائب وهو الطلاق ليس سببًا لثبوت ما يدعى على الحاضر، وهو قصر يد الوكيل، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل، بأن لم يكن وكيلا

في غير صورة في الكتب، أما إذا كان[١] شرطًا لحقه[٢]، فلا يعتبر به[٣] في جعله[٤] خصمًا عن الغائب، وقد عرف تمامه في "الجامع[٥]".

قال[٦]: ويقرض القاضي أموال اليتامى[٧]، ويكتب[٨] ذكر الحق؛ لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال[٩] محفوظة[١٠] مضمونة، والقاضي يقدر على الاستخراج، والكتابة لتحفظه. وإن أقرض الوصي ضمن[١١]؛ لأنه[١٢] لا يقدر على

بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان كيلا بالحمل قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: إنه يقضى بقصر يد الوكيل، ولا يقضى بالطلاق والعتاق عملا بهما. (ك)

(١٠) قوله: "على الحاضر" كما إذا ادعى دارًا في يد رجل أنها داره اشتراها من فلان الغائب، وهو يملكها، وأنكر ذو اليد، وقال: الدار داري، وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لأن ما يدعى على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر، لأن الشرى من المالك سبب له لا محالة. (ك)

(١١) قوله: "وهذا [أي له نظائر في الكتب] في غير صورة إلخ" منها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان، وقال ذو اليد: الدار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وأنه شفيعها يقضى بالشرى في حق ذي اليد والغائب جميعًا. (ن)

(١) أي ما يدعى على الغائب.

(٢) أي لحق المدعى على الحاضر.

(٣) قوله: "فلا يعتبر به" هذا قول عامة المشايخ، وأما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام علي البزدوي، وشمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله: فللشرط اعتبار أيضًا كما للسبب، لأن دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط أيضًا. وصورته رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت عليه أن فلانًا طلق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة لا يقبل منها هذه البينة، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا إذا كان شرطًا يتضرر به الغائب، أما إذا كان شرطًا لا يتضمن ضررًا كما لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانا دخل الدار، وفلان غائب يقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها. (كفاية)

(٤) الحاضر.

(٥) الصغير.

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) للتفاوت.

(٨) قوله: "ويكتب" اى يكتب كتابًا، وهو الصك لأجل ذكر الحق وهو الأقراض.

(٩) قوله: "لبقاء الأموال محفوظة" فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة، وإن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك، فلم تكن مضمونة بالقرض تصير محفوظة مضمونة.

فإن قيل: نعم، هو كذلك لكن لم يومن من التوى لجحود المستقرض، أجاب بقوله: والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلومًا له، وبالكتابة يحصل الحفظ، وينتفي النسيان. (ع)

(١٠) قوله: "محفوظة" ولو كان المستقرض معسرًا في الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم. (كفاية)

(١١) قوله: "وإن أقرض الوصي [مال اليتامى] إلخ" أي ليس للوصي أن يقرض، فإن فعل ضمن، لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى مانعة لعدم قدرته على الاستخراج، لأنه ليس كل قاضي يعدل،

الاستخراج، والأب بمنزلة الوصي [١] في أصح الروايتين [٢] لعجزه [٣] عن الإستخراج.

باب التحكيم [٤]

وإذا حكّم [٥] رجلان رجلا، فحكم بينهما، ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما [٦]، وهذا إذا كان المحكّم بصفة الحاكم، لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما، فيشترط أهلية القضاء [٧]، ولا يجوز [٨] تحكيم الكافر، والعبد، والذمي [٩]، والمحدود في القذف [١٠]، والفاسق، والصبي [١١]؛ لانعدام أهلية القضاء، اعتباراً [١٢] بأهلية الشهادة، والفاسق إذا حكّم يجب أن يجوز عندنا كما مر [١٣] في المولّى.

ولكل واحد من المحكّمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما؛ لأنه مقلد من

ولا كل بينة تعدل. (ع)

(١٢) الوصي.

(١) في إقراض مال الصغير.

(٢) قوله: "في أصح الروايتين" وبمنزلة القاضي في رواية، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس، كولاية القاضي، وشفقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده، وإن أخذ الأب قرضاً لنفسه قالوا: يجوز، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه. (كفاية)

(٣) أب.

(٤) قوله: "باب التحكيم" هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث إن الحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه، وعموم ولاية القاضي، وهو مشروع بالكتاب، والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم. (عناية)

(٥) أي فوضا الحكم إليه. (نهاية)

(٦) قوله: "وينفذ حكمه عليهما" لا على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب، فحكم هو والبائع رجلا، فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه. (عيني)

(٧) قوله: "فيشترط أهلية القضاء [من الإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية]" فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز، لأنها من أهل الشهادة فيها. (ع)

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (عيني)

(٩) قوله: "والذمي" هذا إن حكم المسلمون، وإن حكم أهل الذمة جاز، لأنه من أهل الشهادة بينهم، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم أهل الذمة صحيح، دون أهل الإسلام. (ع)

(١٠) وإن تاب، لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا.

(١١) هذا كله من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول. (ن)

(١٢) مرتبط بالانعدام.

(١٣) قوله: "كما مر" في أول أدب القاضي من أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز. (ع)

جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا[١]، وإذا حكم لزمهما[٢]؛ لصدور حكمه عن ولاية عليهما، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق[٣] مذهبه أمضاه[٤]؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم في إبرامه[٥] على ذلك الوجه[٦]، وإن خالفه[٧] أبطله؛ لأن حكمه لا يلزمه[٨] لعدم التحكيم منه.

ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص[٩]؛ لأنه لا ولاية[١٠] لهما[١١] على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة[١٢]، فلا يستباح[١٣] برضاهما. قالوا[١٤]: وتخصيص[١٥] الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات[١٦]

(١) قوله: "فلا يحكم إلخ" لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضًا.
وإن قيل: إخراج أحدهما سعي في نقض ما تم من جهته، قلنا: ما تم الأمر، وإنما التمام بعد الحكم، ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما حينئذ. (عناية)

(٢) الحكم، كالقاضي إذا قضى ثم عزل فإنه لازم. (ف)

(٣) ذلك الحكم.

(٤) قوله: "أمضاه" وفائدة إمضاءه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، ولو لم يمض لتمكن، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه. (عناية)

(٥) إبرام استوار كردن. (م)

(٦) أي على الوجه الذي حكم المحكم.

(٧) الحكم أي مذهب القاضي.

(٨) قوله: "لأن حكمه لا يلزمه" بخلاف حكم الحاكم كما تقدم، فإنه لا يبطله الثاني، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته، فكان قضاءه حجة في حق الكل، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. (عناية)

(٩) قوله: "ولا يجوز التحكيم إلخ" لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقًا لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لإستيفاءها، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه، قال شمس الأئمة من أصحابنا: من قال: التحكيم في حد القذف والقصاص جائز، وذكر في "الذخيره" عن صلح "الأصل": أن التحكيم في القصاص جائز، لأن الاستيفاء إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوز التحكيم كما في الأموال، وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف رحمهم الله تعالى. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لا ولاية إلخ" هو دليل القصاص، ولم يذكر دليل الحدود، قالوا في ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين، فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف رحمه الله. (ف)

(١١) المحكمين.

(١٢) أي إباحة الدم.

(١٣) الدم.

(١٤) أي المتأخرون من مشايخنا. (عناية)

(١٥) أي تخصيص القدوري.

(١٦) كالكنايات في جعلها رجعية.

كالطلاق[١] والنكاح[٢] وغيرهما، وهو صحيح، إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولى[٣] دفعًا لتجاسر العوام فيه[٤].

وإن حكماه في دم خطأ[٥]، فقضى[٦] بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا ولاية له عليهم، إذ لا تحكيم من جهتهم[٧]، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي، ويقضي[٨] بالدية على العاقلة[٩]، لأنه[١٠] مخالف لرأيه، ومخالف للنص[١١] أيضًا[١٢]، إلا[١٣] إذا ثبت القتل بإقراره[١٤]؛ لأن العاقلة لا تعقله[١٥].

ويجوز أن يسمع[١٦] البينة، ويقضي بالنكول، وكذا بالإقرار؛ لأنه[١٧] حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين[١٨]، أو بعدالة الشهود، وهما[١٩] على

---

(١) قوله: "كالطلاق إلخ" ذكر في "الذخيرة": إذا رفع اليمين بالطلاق المضاف إلى الملك إلى حاكم أصحاب الشافعي ليبطل اليمين، ويجوز النكاح، فالأحسن له أن يقول: أبطلت هذه اليمين، ونقضت هذا الطلاق عملا بقول عليه السلام: «لا طلاق قبل النكاح». (نهاية)

(٢) بغير إذن المولى.

(٣) كما في الحدود والقصاص.

(٤) أي كيلا يتطرق الجهالة إلى ذلك هوى إلى هدم مذهبنا. (ع)

(٥) كما إذا رأى صيداً، فإذا أصاب آدميا.

(٦) الحكم.

(٧) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "على العاقلة" أي أهل النصرة من أهل الديون، أو القبيلة، أو أهل الحرف، أو غيرهم.

(١٠) أي لأن حكم المحكم على القاتل بالدية.

(١١) قوله: "ومخالف للنص أيضاً" وهو حديث حمل بن مالك أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال للأولياء: قوموا فدوه. (ك)

(١٢) على ما يأتي في كتاب المعاقل. (ن)

(١٣) استثناء من قوله: رده القاضي. (ع)

(١٤) حينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل.

(١٥) قوله: "لأن العاقلة لا تعقله [ما عقل القتيل ديت داد كشته را. من]" وأما أروش الجروحات إن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة، وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمس مائة درهم، ويثبت ذلك بالإقرار، أو النكول أو كانت عمداً، أو قضى على الجاني جاز، لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضي الجاني بحكمه عليه، فيجوز.

وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمس مائة فصاعداً، وقد يثبت الجناية بالبينة، وكان خطأً لا يجوز قضاءه بها أصلا، لأنه إن قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه. (ن)

(١٦) أي المحكم.

(١٧) أي لأن سماع البينة والقضاء بالنكول، وبالإقرار.

(١٨) قوله: "ولو أخبر إلخ" أي لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررت عندي لهذا بكذا، أو كذا، أو قامت

تحكيمهما يقبل قوله(١)؛ لأن الولاية قائمة، ولو أخبر بالحكم(٢) لا يقبل قوله لانقضاء الولاية، كقول المولى بعد العزل.

وحكم الحاكم لأبويه، وزوجته، وولده باطل، والمولى والمحكم فيه(٣) سواء، وهذا(٤) لأنه لا تقبل شهادته(٥) لهؤلاء(٦) لمكان التهمة، فكذالك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما(٧)، لأنه(٨) أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى من كتاب القضاء(٩)

قال(١٠): وإذا كان علو لرجل، وسفل لآخر، فليس لصاحب السفل أن يَتِد(١١) فيه وتدا(١٢)، ولا ينقب(١٣) فيه كوة(١٤) عند أبى حنيفة رحمه الله، معناه بغير رضا

عندى عليك بينة لهذا بكذا وبكذا، فعدلوا عندى، وقد ألزمتك ذلك، وحكمت به لهذا عليك، وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء، أو قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت إلى قوله، وأمضى القضاء عليه ونفذ، لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الإقرار كالقاضى المولى إذا قال فى حال قضاءه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك، أو بينة قامت عندى على ذلك، فإنه يصدق فى ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه، فكذا ههنا، إلا أن يخرجه من الحكم، ويعزله عنه قبل أن يقول: قد حكمت عليك، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق. (ك)

(١٩) أى الخصمان.

(١) المحكم.

(٢) قوله: "ولو أخبر بالحكم" مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق، لأنه إذا حكم صار معزولا فلا يقبل قوله: إنى حكمت بكذا كالقاضى المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا. (ع)

(٣) أى فى بطلان الحكم.

(٤) أى بطلان الحكم.

(٥) رجل.

(٦) أى الأبوين والزوجة والولد.

(٧) قوله: "لا بد من اجتماعهما" حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز، لأنهما رضيا برأيهما، ورأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين. (ن)

(٨) أى لأن الحكم.

(٩) قوله: "مسائل شتى [أى متفرقة جمع شتيت]" ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب، ويترجمونه بمسائل شتى، أو منثورة، أو متفرقة، وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء، ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم، وأنه لجدير بالتأخير لا محالة. (ع)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) ميخ زند.

(١٢) ميخ.

صاحب العلو. وقالا: يصنع ما لا يضر بالعلو[١]، وعلى هذا الخلاف[٢] إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه[٣]. قيل: ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله[٤]، فلا خلاف، وقيل[٥]: الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف فى ملكه، والملك يقتضى الإطلاق[٦]، والحرمة بعارض الضرر، فإذا أشكل[٧] لم يجز المنع، والأصل عنده الحظر[٨]؛ لأنه تصرف[٩] فى محل تعلق به حق محترم للغير[١٠] كحق المرتهن والمستأجر[١١]، والإطلاق[١٢] بعارض[١٣]، فإذا أشكل[١٤] لا يزول المنع، على أنه لا يعرى[١٥] عن نوع ضرر بالعلو من توهين[١٦] بناء أو نقضه، فيمنع عنه.

قال[١٧]: وإذا كانت زائغة[١٨] مستطيلة تنشعب[١٩] منها زائغة مستطيلة، وهى[٢٠]

---

(١٣) نقب سوراخ كردن ديوار وجزآن. (م)

(١٤) كوه –بالفتح وبضم– روزن خانه. (من)

(١) لأن التصرف حصل فى ملكه. (ع)

(٢) بين الإمام وصاحبيه.

(٣) يعنى زيادة على ما كان. (ك)

(٤) قوله: "تفسير إلخ" يعنى أن أبا حنيفة رحمه الله إنما منع صاحب السفل عن أن يتد فيه وتدا، أو أن ينقب فيه كوة لأن صاحب العلو يتضرر به، ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر فيه الآخر فصلا مجمعًا عليه. (ك)

(٥) أى ليس هذا تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله بل بينهما خلاف لأن الأصل إلخ.

(٦) الإباحة.

(٧) قوله: "فإذا أشكل" يعنى إذا لم يعلم أنه يضره أم لا لا يجوز المنع، لأن الأصل الإطلاق فى تصرف ملكه. (ب)

(٨) منع.

(٩) وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه.

(١٠) وهو صاحب العلو.

(١١) قوله: "كحق المرتهن والمستأجر" فإنهما يمنعان المالك عن التصرف فى المرهون والمستأجر. (مل)

(١٢) للتصرف.

(١٣) وهو الرضاء دون عدم الضرر. (ع)

(١٤) بأن لم يعلم أن فيه ضرراً أم لا؟

(١٥) قوله: "على أنه لا يعرى إلخ" إشارة إلى أن القياس قول أبى حنيفة رحمه الله، فوجب منعه. (ك) قوله: "لا يعرى" فلا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف، فكذا بعضه.

(١٦) سست كردن. (م)

(١٧) أى محمد. (عينى)

(١٨) السكة. (ع)

(١٩) عن يمينها ويسارها. (ع)

(٢٠) قوله: "وهى" أى الزائغة الثانية المنشعبة غير نافذة، ولا فرق فى الأولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة فى أن

غير نافذة، فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى؛ لأن فتحه[١] للمرور، ولا حق لهم في المرور، إذ هو[٢] لأهلها[٣] خصوصًا[٤]، حتى لا يكون لأهل الأولى[٥] فيما بيع فيها[٦] حق الشفعة، بخلاف النافذة[٧]، لأن المرور فيها حق العامة[٨]، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب، لأنه رفع جداره[٩]، والأصح أن المنع من الفتح، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه عساه[١٠] يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب[١١].

وإن كانت[١٢] مستديرة قد لزق طرفاها فلهم[١٣] أن يفتحوا بابًا؛ لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها، إذ هي ساحة مشتركة، ولهذا يشتركون[١٤] في الشفعة إذا بيعت دار منها. قال[١٥]: ومن ادعى في دار دعوى[١٦]، وأنكرها الذي هي[١٧] في يده، ثم صالحه[١٨] منها فهو جائز[١٩]، وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها

لا حق لأهلها في المنشعبة بخلاف ما إذا كانت المنشعبة بنافذة، لأن المرور فيها حق العامة، فلأهل الأولى فتح الباب فيها. (ك)

(١) الباب.

(٢) المرور.

(٣) أي لأهل المنشعبة.

(٤) لكونها غير نافذة. (ع)

(٥) أي السكة الأولى؛ لأن تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة. (ع)

(٦) أي في السكة المنشعبة.

(٧) المنشعبة.

(٨) لا للسكان خاصة.

(٩) وله أن يرجع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى. (ع)

(١٠) لعله.

(١١) قوله: "يدعى الحق [بعد فتح الباب] إلخ" لأنه إذا فعل ذلك، وتقادم العهد ربما يدعى شركة في الطريق في تلك الزائغة يستدل على ذلك بالباب والميزاب، ويكون القول قوله من هذا الوجه، فيمنع منه. (ك)

(١٢) قوله: "وإن كانت" أي الزائغة الثانية مستديرة، أي سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة، فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء، لأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها، وهي بينهم على الشركة. (ن)

(١٣) أي لأهل الزائغة الأولى.

(١٤) أهل الزائغة الأولى.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) ولم يبين المدعى ثلث أو ربع، أو نحوها. (ك)

(١٧) الدار.

(١٨) المدعى.

(١٩) قوله: "فهو جائز" ولقائل أن يقول: جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا، فإن كان الثاني

فى الصلح إن شاء الله تعالى. والمدعى[١] وإن[٢] كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا؛ لأنه جهالة فى الساقط، فلا تفضى[٣] إلى المنازعة[٤] على ما عرف[٥].

قال[٦]: ومن ادعي داراً في يد رجل[٧] أنه وهبها له[٨] في وقت، فسئل البينة،[٩] فقال[١٠]: جحدني الهبة[١١]، فاشتريتها، وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته؛ لظهور التناقض، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة[١٢]، وهم يشهدون[١٣] به[١٤] قبلها[١٥]، ولو شهدوا به[١٦] بعدها[١٧] تقبل لوضوح التوفيق[١٨].

صح دعوى من ادعى على إنسان شيئًا، لكنها لم تصح، ذكره فى "النهاية" ناقلا عن الفوائد الظهيرية، وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه، لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأنه يقطع الشغب والخصام، وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق. (ع)

(١) قوله: "والمدعى إلخ" جواب عما يقال: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى، ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) هذه الجهالة.

(٤) والمانع ما أفضى إلى المنازعة.

(٥) فى كتاب الصلح.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" أى ادعى داراً فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا، وسلمها، وأنها ملكه بطريق الهبة والتسليم، وجحد دعواه ذو اليد، فسئل البينة فقال: لى بينة تشهد على الشراء لأنى طلبت منه، فجحد فى الهبة فاضطررت إلى شراءها منه، وأشهدت عليه، وأقام المدعى البينة إلخ. (ع)

(٨) المدعى.

(٩) على دعواه.

(١٠) المدعى.

(١١) وما كانت لى بينة فى حق الهبة.

(١٢) قوله: "إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة" لأنه قال: جحدنى الهبة فاشتريتها، والفاء للتعقيب. (ك)

(١٣) فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. (ع)

(١٤) أى بالشراء.

(١٥) الهبة.

(١٦) قوله: "ولو شهدوا إلخ" يريد به لو ادعى الشراء بعد الهبة، وشهدوا بالشراء بعد الهبة. (ك)

(١٧) الهبة.

(١٨) قوله: "لوضوح التوفيق" لأنه يمكنه أن يقول: وهب منذ شهر، ثم جحدنى الهبة، فاشتريتها هذا الأسبوع،

ولو كان ادعى الهبة، ثم أقام البينة على الشراء قبلها[١]، ولم يقل جحدني الهبة، فاشتريتها لم تقبل[٢] أيضًا، ذكره في بعض النسخ[٣]، لأن دعوى الهبة[٤] إقرار منه بالملك[٥] للواهب، ودعوى الشراء[٦] رجوع منه[٧]، فعد مناقضًا[٨]، بخلاف ما إذا ادعى الشراء[٩] بعد الهبة[١٠]، لأنه تقرير ملكه عندها[١١].

ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية، فأنكر الآخر إن أجمع[١٢] البائع على ترك الخصومة[١٣] وسعه[١٤] أن يطأها[١٥]؛ لأن المشتري لما جحد[١٦] كان فسخًا من جهته، إذ الفسخ يثبت به[١٧]، كما إذا تجاحدا[١٨]، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ[١٩]، وبمجرد العزم[٢٠] وإن[٢١] كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل[٢٢]،

وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن للتوفيق، أما إذا أمكن فلا. (ك)

(١) الهبة.

(٢) البينة.

(٣) للجامع الصغير.

(٤) في وقت. (ك)

(٥) في ذلك الوقت. (ك)

(٦) قبل ذلك الوقت. (ك)

(٧) أي من ذلك الإقرار.

(٨) قوله: "فعد مناقضًا" لأنه وإن كانت الشهادة موافقة للدعوى إلا أنه مناقض في الدعوى. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف ما إلخ" فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل بينته في هذا الوجه أيضًا، لأنه ادعى شراء باطلا، لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. قلنا: إذا جحد الهبة فقد فسخها، إذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح، لأنه لا يحتمل الفسخ، فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه، وتوقف في حق الآخر على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فقد تم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه، فصح. (ك)

(١٠) حيث تقبل بينته.

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "إن أجمع البائع" أي عزم بقلبه، وقيل: إن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه. (ع)

(١٣) أي عزم وقصد ترك الخصومة. (ن)

(١٤) أي حل له، أي البائع.

(١٥) جارية.

(١٦) العقد. (عناية)

(١٧) قوله: "إذ الفسخ يثبت به" أي بالجحود، لأن الجحود كناية عن الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحود إنكار العقد من الأصل، فكان بينهما مناسبة، فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر. (ن)

(١٨) فإنه يجعل فسخًا لا محالة. (ع)

(١٩) من الجانبين. (ع)

وهو إمساك الجارية ونقلها[١] وما يضاهيه[٢]، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى[٣] فات رضا البائع، فيستبد[٤] بفسخه.

قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم[٥]، ثم ادعى أنها زيوف صدق[٦]، وفى بعض النسخ[٧] اقتضى، وهو[٨] عبارة عن القبض أيضًا، ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا[٩] لو تجوز بها[١٠] فى الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد[١١]، فيصدق[١٢]، لأنه أنكر قبض حقه[١٣]، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد، أو حقه، أو الثمن، أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحًا، أو دلالة فلا يصدق[١٤].

---

(٢٠) قوله: "وبمجرد العزم إلخ" جواب شبهة، وهو أن يقال: كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ، وفسخ العقود لا يثبت بمجرد العزم، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ بمجرد عزمه. (ك)

(٢١) الواو وصلية.

(٢٢) وذلك الفعل لا يحل بدون الفسخ، فيوجد الفسخ دلالة. (ع)

(١) من موضع الخصومة إلى بيته. (ع)

(٢) كالاستخدام. (ع)

(٣) قوله: "ولأنه لما تعذر [بالجحود] إلخ" دليل آخر، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان فى الأول مترتبًا على الفسخ من الجانبين، وجعل جحوده فسخًا من جانبه، والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع، وفى الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. (ع)

(٤) أى يستقل البائع.

(٥) قرضًا، أو ثمن سلعة عنده أو غير ذلك. (ع)

(٦) قوله: "صدق [أى القول قوله مع اليمين]" سواء كان مفصولا أو موصولا، دل على ذلك دلالة ثم فى الكتاب، والتصريح به فى غيره. (ع)

(٧) أى فى بعض نسخ "الجامع الصغير" وقع موضع قبض اقتضى. (ع)

(٨) اقتضاء.

(٩) أى لكون الزيوف من جنس الدراهم.

(١٠) قوله: "لو تجوز بها إلخ" أى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا، وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. (ع)

قوله: "لو تجوز بها إلخ" تجوز فى هذا آسان فرا گرفت آنرا، وچشم پوشى كرد، وتجوز الدراهم قبول كدر در مهارا با آنكه مغشوش بودند. (من)

(١١) قوله: "والقبض إلخ" جواب عما يقال: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق، وهو الجياد، ولو أقر بقبض حقه، ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع عنه، فكذا هذا. (عينى)

(١٢) فى دعواه أنها زيوف.

(١٣) أى الجياد.

(١٤) قوله: "فلا يصدق" أى لا يصدق فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك، لأنه تناقض، أما الأول فظاهر، وكذا فى

والنبهرجة[١] كالزيوف[٢]، وفي الستوقة[٣] لا يصدق[٤]، لأنه ليس من جنس الدراهم[٥] حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا[٦] لا يجوز، والزيف ما زيفه بيت المال[٧]، والنبهرجة ما يرده التجار[٨]، والستوقة ما يغلب عليها الغش[٩].

قال[١٠]: ومن قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألف درهم، فليس عليه شيء[١١]؛ لأن إقراره هو الأول، وقد ارتد برد المقر له[١٢]، والثاني[١٣] دعوى، فلا بد من الحجة[١٤]، أو تصديق[١٥] خصمه[١٦]. بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت[١٧]، وأنكر الآخر له أن يصدقه[١٨]، لأن[١٩] أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ[٢٠]، كما لا يتفرد بالعقد،

غيره، لأن حقه في الجياد، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا إقرار منه بقبض الجياد، وكذا الإقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام، فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا. (ك)

(١) معرب نبهره، هو الدراهم الذي فضته رديئة،، وقيل: الذى الغلبة فيه للفضة. (نهاية)

(٢) قوله: "كالزيوف" أى في حكم التصديق إذا قال قبض من فلان كذا درهمًا، ثم ادعى أنها نبهرجة يصدق، كما إذا قال: إنها زيوف. (عيني)

(٣) قوله: "وفي الستوقة" -بالفتح- أرداء من النبهرج، وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب، وفي "المبسوط": الستوقة كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانبين، وهو معرب سه طاقة، أى الطاق الأعلى والأصفل فضة، والأوسط صفر. (ك)

(٤) لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة. (ع)

(٥) فصار مناقضًا.

(٦) أى الصرف والسلم.

(٧) قوله: "ما زيفه [تزييف زبون وناسره كردن درم. م] بيت المال" أى رده، وفي المغرب زافت عليه دراهمه أى صارت مردودة عليه بغش فيها، وقد زيفت، أى ردت. (ن)

(٨) ولعله أردأ من الزيوف. (ع)

(٩) لبن مغشوش مخلوط بالماء. (مغرب)

(١٠) أى محمد. (عيني)

(١١) أى على المقر.

(١٢) قوله: "وقد ارتد برد المقر له" فإن الإقرار بالدين يرتد برد المقر له، وكذا الإقرار بالعين، ولو صدق ثم رد لا يرتد. (ك)

(١٣) وهو قوله: بل لي عليك ألف درهم.

(١٤) أى البينة. (ع)

(١٥) ثانيًا.

(١٦) المقر.

(١٧) مني هذه الجارية.

(١٨) أى للآخر المقر له أى بعد الرد لأن الإقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له. (ك)

(١٩) قوله: "لأن أحد" فبرده لا ينفسخ البيع، فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه. (ك)

والمعنى[١] فيه أنه[٢] حقهما، فبقي العقد، فيعمل التصديق، أما المقر له يتفرد[٣] برد الإقرار، فافترقا. قال[٤]: ومن ادعى على آخر مالا فقال: ما كان[٥] لك علي شيء قط، فأقام المدعى البينة على ألف، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته[٦]، وكذلك[٧] على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل، لأن القضاء يتلو الوجوب[٨]، وقد أنكره[٩]، فيكون مناقضاً[١٠]. ولنا: أن التوفيق ممكن، لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه دفعًا للخصومة، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل[١١]، وقد يصالح[١٢] على شيء، فيثبت[١٣]، ثم يقضي[١٤]، وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط، لأن التوفيق أظهر[١٥]. ولو قال: ما كان لك على شيء قط، ولا أعرفك[١٦] لم يقبل بينته على القضاء، وكذا[١٧] على الإبراء لتعذر التوفيق، لأنه لا يكون بين اثنين

---

(٢٠) قوله: "لا يتفرد إلخ" قال في الكافي: ذكر في الهداية: أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ، وذكر قبله لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضاء البائع، فيستبد بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعب، أقول لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وههنا لما أقر المشترى في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء، فلا يستبد بالفسخ. (ع)

(١) الوجه.

(٢) الفسخ.

(٣) قوله: "يتفرد" بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من إنسان، فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبى حنيفة رحمه الله النسب من المقر، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) معناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق. (ع)

(٦) قوله: "قبلت بينته" ودلت المسألة على أن التوفيق إذا كان ممكنا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق. (ن)

(٧) أي كما تقبل البينة على دعوى القضاء تقبل لو ادعى الآخر الإبراء.

(٨) لأنه تسليم مثل الواجب.

(٩) الوجوب.

(١٠) قوله: "فيكون مناقضاً" أي في دعواه، وقبول البينة يقتضى دعوى صحيحة. (ع)

(١١) كما يقال قضى بحق.

(١٢) بالإنكار.

(١٣) ذلك الشيء.

(١٤) أي يؤدى.

(١٥) قوله: "أظهر" لأن ليس لنفى الحال فصار كأنه قال: ليس لك على شيء في الحال، لأني قضيت حقك، ألا ترى أنه لو صرح به يصح. (ك)

(١٦) قوله: ولا أعرفك" أو ما رأيتك أو ما جرى بيني وبينك مخالطة، ولا أخذ ولا إعطاء، ولا اجتمعت أنا وأنت في موضع، وما أشبه ذلك. (نهاية)

(١٧) أي لا تقبل بينة على الإبراء.

أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة.

وذكر القدورى أنه[١] تقبل أيضًا، لأن المحتجب[٢] أو المخدرة[٣] قد يؤذى بالشغب[٤] على بابه فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك، فأمكن التوفيق[٥].

قال[٦]: ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته، فقال: لم أبعها[٧] منك قط، فأقام البينة على الشراء، فوجد بها[٨] إصبعًا[٩] زائدة[١٠]، فأقام البائع البينة أنه برىء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه تقبل[١١] اعتبارًا بما ذكرنا[١٢]، وجه الظاهر أن شرط البراءة[١٣] تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، فيستدعى وجود البيع[١٤]، وقد أنكره[١٥]، فكان مناقضًا، بخلاف الدين لأنه قد يقضى[١٦] وإن[١٧] كان باطلا على ما مر[١٨].

---

(١) البينة.

(٢) قوله: "لأن المحتجب" أى الرجل المحتجب وهو الذى لا يراه كل أحد لعظمته، وقال تاج الشريعة: المحتجب الذى لا يتولى الأمور بنفسه. (عينى) احتجب در پرده شد. (من)

(٣) قوله: "أو المخدرة" أى المرأة التى لم تجر عادتها بالبروز فى مجلس الحكم. (عينى)
قوله: "مخدرة" مخدرة كمعظّمة زن پرده نشين. (من)

(٤) بالفتح ويحرك، وقيل: الإبراء انگيختن فتنه، وخصومت ونزاع. (من)

(٥) قوله: "فأمكن التوفيق" فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، وقيل: يقبل البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. (ك)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) الجارية.

(٨) الجارية.

(٩)

(١٠) قوله: "إصبعًا زائدة [وأراد الزد]" خص هذه العيب بالذكر ليثبت أنه عيب قديم كان فى يد البائع، لأنه لا يحدث مثله فى تلك المدة. (ن)

(١١) البينة.

(١٢) قوله: "اعتبارًا بما ذكرنا" وهو التوفيق فى الدين، فإنه لو أنكر الدين أصلا، ثم ادعى قضاءه فإنه يسمع، ولا يكون مناقضًا لاحتماله التوفيق على ما ذكرنا، فكذا ههنا. ثم وجه التوفيق ههنا هو أن يكون البائع وكيلا من المالك فى البيع، وكان المالك فى قوله: ما بعتها صادقًا، ثم المالك فى دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضًا. (نهاية)

(١٣) من كل عيب.

(١٤) لأن وجود الصفة بدون وجود الموصوف لا يتصور.

(١٥) البيع.

(١٦) يؤدى.

قال[١]: ذكر حق[٢] كتب في أسفله، ومن قام[٣] بهذا[٤] الذكر فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالي. أو كتب في شراء[٥]، فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله[٦]، وهذا[٧] عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص[٨]، وعلى من قام بذكر الحق. وقولهما استحسان ذكره[٩] فى الإقرار[١٠]، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، لأن الذكر للاستيثاق[١١]، وكذا الأصل فى الكلام[١٢] الاستبداد[١٣]. وله أن الكل[١٤] كشيء واحد بحكم العطف، فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله: عبده حر، وامرأته طالق، وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله[١٥]، ولو ترك

---

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) من قوله: لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) أى كتاب إقرار بدين. (ك)

(٣) قوله: "ومن قام إلخ" أى من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك، فإن قيل: لماذا يكتب هذا، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه، لأنه توكيل المجهول، والمجهول لا يصلح وكيلا.
قلنا: الغرض من كتابة هذا استماع خصومة الوكيل، فإن التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبى حنيفة رحمه الله، وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بلا رضاه. (كفاية)

(٤) الصك.

(٥) قوله: "أو كتب فى شراء" أى لو كتب صك الشراء، وكتب فى آخره فما أدرك فلانا فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك إلخ. فإن قيل: هذا الكلام لغو، لأن الخلاص على فلان ضمان الثمن، وهو عليه شرط أو لم يشترط.
قلنا: يكون اشتراطه توكيدا، وفيه تحرز عن قول ابن أبى ليلى، لأن عنده لا رجوع بدون الشرط. (ك)

(٦) قوله: "بطل الذكر كله" أى يبطل الصك حتى يبطل الدين الذى فيه، ويفسد الشراء. (مل)

(٧) أى بطلان الصك.

(٨) قوله: "هو على الخلاص" يعنى قوله: إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله: على فلان خلاصه، وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقر به لازم. (عينى)

(٩) محمد.

(١٠) من "المبسوط".

(١١) قوله: "لأن الذكر إلخ" أى لأن الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد، لا للإبطال، فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذى يليه. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا الأصل إلخ" فلا يكون ما فى الصك مرتبطا بعضه ببعض، فيصرف الاستثناء إلى ما يليه. (ع)

(١٣) الاستقلال.

(١٤) قوله: "وله أن الكل إلخ" والجواب عما قالا: أن الذكر للاستيثاق مطلقًا، أو إذا لم يكتب فى آخره إن شاء الله تعالى، والثانى مسلم، ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل فى الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك، وهو العطف. (ع)

فرجة[١]، قالوا: لا يلتحق[٢] به، ويصير كفاصل السكوت[٣].

فصل في القضاء بالمواريث[٤]

قال: وإذا[٥] مات نصراني[٦]، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر رحمه الله: القول قولهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات[٧].

ولنا أن سبب[٨] الحرمان[٩] ثابت في الحال، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال[١٠]، كما في جريان ماء الطاحونة[١١]، وهذا ظاهر نعتبره للدفع[١٢]، وهو يعتبره[١٣] للاستحقاق[١٤].

---

(١٥) فإنه ينصرف إلى الجميع، ولا يلزمه شيء.

(١) قوله: "ولو ترك فرجة" هو أن يترك شيء من البياض قبيل قوله: ومن قام بهذا الذكر ليكون البياض فصلا بين صك الشراء وصك الإقرار، وبين قوله: ومن قام بهذا الذكر ليصرف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر لا إلى صك الشراء أو الإقرار. (نهاية)

(٢) الاستثناء.

(٣) إذ الفرجة في الصك كالسكوت في المنطق. (ك)

(٤) قوله: "فصل" لما كان الموت آخر أحوال المرء في الدنيا ذكر الأحكام المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء. (نهاية)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "وإذا مات إلخ" ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر، وهو على نوعين: أحدهما: أن يقال: كان ثابتًا في الماضي، فيكون ثابتًا في الحال، كحياة المفقود. والثاني: أن يقال: هو ثابت في الحال، فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا، كما عرف في أصول الفقه. (ع)

(٧) فيجعل موجودًا بعد موته لا قبله.

(٨) الإسلام.

(٩) عن ميراث الزوج النصراني.

(١٠) أي باستصحاب الحال. (ع)

(١١) قوله: "كما في جريان ماء الطاحونة" فإن أيها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال، فإن كان جاريًا في الحال كان القول قول رب الطاحونة، وإن لم يكن جاريًا كان القول قول المستأجر. (عيني)

قوله: "الطاحونة" والطحانة الرحى التي يديرها الماء عن الليث، وفي جامع الغوري اختلاف، وفي كتب الشروط: الطحانة ما يديره الدابة، والطاحونة ما يديرها الماء. (مغرب)

(١٢) أي لدفع دعوى المرأة للميراث.

(١٣) قوله: "وهو يعتبره إلخ" فيه نظر لأن زفر رحمه الله لم يجعل استحقاقها للميراث في الحال، بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضًا ظاهر، والظاهر استصحابًا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق. (ع)

ولو مات المسلم، وله امرأة نصرانية، فجاءت مسلمة بعد موته، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فالقول قولهم[١] أيضًا، ولا يحكم[٢] الحال، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهي[٣] محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون[٤]، ويشهد[٥] لهم ظاهر الحدوث أيضًا.

قال[٦]: ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة، فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يدفع المال إليه، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة[٧]، فصار كما إذا أقر أن حق المورث، وهو[٨] حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه[٩] منه[١٠] حيث لا يؤمر بالدفع[١١] إليه[١٢]، لأنه أقر بقيام حق المودع، إذ هو[١٣] حي، فيكون[١٤] إقرارا على

---

(١٤) أي لاستحقاق المرأة الميراث والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. (ك)

(١) أي الورثة.

(٢) أي لا يقال: إنها مسلمة في الحال، فتكون مسلمة قبل موته.

(٣) المرأة.

(٤) قوله: "أما [إشارة إلى معنى آخر. ع] الورثة إلخ" الحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسألة بما يتمسك به الورثة في المسألة الأولى، والورثة في هذه المسألة يتمسكون بما تمسكت به المرأة في المسألة الأولى غير أنها في المسألتين تتمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، والورثة هم الدافعون جميعًا في المسألتين. (كفاية)

(٥) قوله: "ويشهد لهم إلخ" دليل آخر هو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة كان ظاهر زفر رحمه الله في المسألة الأولى معارضًا للاستصحاب، ويحتاج إلى مرجح، والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات، وزفر رحمه الله يعتبره للإثبات. (عيني)

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) عن الميت.

(٨) المورث.

(٩) أي عين الوديعة.

(١٠) أي من المودع.

(١١) قوله: "لا يؤمر إلخ" فإذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أو لا؟ قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع، وفي المنع عنه يضمن، فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له أن يستردها؟ قيل: لا يملك ذلك، لأنه يصير ساعيًا في نقض ما تم من جهته.
ولقائل أن يقول: كان الواجب في المسألة الأولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه لحاجته إليه كالدين وغيره، فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك، والجواب أن استحقاق الوارث يثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم، فلا يؤخر اليقين به. (ع)

(١٢) أي إلى ذلك الرجل.

(١٣) المودع.

مال الغير[١]، ولا كذلك بعد موته[٢]، بخلاف المديون[٣] إذا أقر بتوكيل[٤] غيره بالقبض، لأن الديون تقضى بأمثالها[٥]، فيكون[٦] إقرارا على نفسه[٧]، فيؤمر بالدفع إليه.

ولو قال المودع لآخر[٨]: هذا ابنه[٩] أيضًا، وقال: الأول[١٠] ليس له ابن غيرى، قضى بالمال للأول[١١]؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال، فيكون هذا[١٢] إقرارا على الأول، فلا يصح إقراره للثانى كما[١٣] لو كان الأول ابنًا معروفًا، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له، فصح، وحيث أقر للثانى له مكذب[١٤]، فلم يصح. قال[١٥]: وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة[١٦]، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل،

---

(١٤) هذا الإقرار.

(١) فلا يصح.

(٢) قوله: "ولا كذلك بعد موته [المودع]" لأنه زعم أن الميت لم يبق مالكًا، وأن المالك هو الوارث، فلم يكن فى تصحيح إقراره تنفيذ إقراره فى ملك الغير. (ك)

(٣) حيث يؤمر بالدفع إليه.

(٤) من الدائن.

(٥) لا بأعيانها.

(٦) أى إقرار المديون بأنه وكيل بالمطالبة والقبض. (ن)

(٧) لوجوب القضاء عليه.

(٨) بعد أن قال لرجل: أنه ابنه.

(٩) الميت.

(١٠) الابن الأول.

(١١) قوله: "قضى بالمال للأول" وهل يضمن للثانى إذا دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن نصفه للثانى، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٢) الإقرار الثانى.

(١٣) أى كما لا يصح الإقرار للثانى.

(١٤) هو الأول.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) قوله: "إذا قسم إلخ" إذا حضر رجل، وادعى دارًا فى يد آخر أنها لأبيه مات، وتركها ميراثًا له، وأنكر ذو اليد، وأقام بينته، وهم شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يقولوا فى شهادتهم لا نعرف له وارثًا غيره، فإن القاضى يتأخر زمانا على قدر ما يرى، وقدر الطحاوى بالحول.

فإن حضر وارث غيره قسمت بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر لا يحجب حرمانًا كالأب والابن، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ، فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبى يوسف رحمه الله، وقول أبى حنيفة رحمه الله مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب، ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو

حدود ما في يديه. قال: وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي[١]؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة، إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل[٢].

ولو قالوا في هذين البابين[٣]: التميمية[٤]، لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها[٥]، وهي القبيلة الخاصة، وهذا[٦] لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يتحصل بالنسبة العامة[٧]، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم[٨]، لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ، لأنها خاصة. وقيل: الفرغانية[٩] نسبة عامة، والأوزجندية خاصة، وقيل: السمرقندية والبخارية عامة، وقيل[١٠]: إلى السكة الصغيرة خاصة، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن[١١] كان يتم بذكر

يدي غير محدود، وبهذه الحدود التي ذكرها الشهود، فيقال للمدعي: هات شاهدين على أن الذي في يديه محدود بهذه الحدود ليصح القضاء.

(١) قوله: "وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي إلخ" يعني كتب في كتابه شهد عدلان عندي أن لفلان بن الفلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا، فاقض عليها أنت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه، ودفع الكتاب إليه، وأنكرت أنها فلانة، يقول القاضي: هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الإشارة إليها في القضاء. (عيني)

(٢) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" جواب إشكال مقدر، هو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي، لأنه سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه، وشهد، وهناك يشترط اثنان فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ. (عيني)

(٣) أي في الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي. (ك)

(٤) أي فلانة بنت فلان التميمة. (ك)

(٥) قوله: "إلى فخذها" الفخذ آخر القبائل الست، كذا في "الصحاح"، وفي "الكشاف" قوله تعالى: ﴿وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا﴾، الشعب الطبقة الأولي من الطبقات الست التي عليها العرب وهي: الشعب والقبيلة والعمارة والبطن، والفخذ والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ تجمع الفصائل، خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وسميت الشعب، لأن القبائل منشعب منها، فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة، والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة، ففي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين. (ك)

(٦) أي عدم الجواز.

(٧) كالتميمية.

(٨) فكم يكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامي آباءهن.

(٩) قوله: "وقيل: الفرغانية" فرغانة نسبة إلى فرغانة، وهي اسم لإقليم ما وراء النهر، وفيها مدن كثيرة، وفيها سكك منها أوزجند. (عيني)

(١٠) قوله: "وقيل إلى إلخ" وحاصل الكلام أن النسبة إلى ما هي خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما هي عامة منها حيث لا يحصل التعريف فيها، لأن المحلة الكبيرة والمصر يشمل كل منهما على ناس كثيرين تتخذ أساميهم، وأسامي آباءهم فلا يحصل التعريف بذلك. (عيني)

(١١) الواو وصلية.

الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف على ظاهر الروايات(١)، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد، لأنه(٢) اسم الجد الأعلى(٣)، فنزل منزلة الجد الأدنى(٤).

فصل(٥)

قال أبو حنيفة: شاهد الزور(٦) أشهره(٧) في السوق، ولا أعزره(٨)، وقالا: نوجعه(٩) ضربًا ونحبسه، وهو قول الشافعي.

لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه(١٠): "أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا(١١)، وسخم وجهه(١٢)"*، ولأن هذه(١٣) كبيرة(١٤) يتعدى(١٥) ضررها إلى

---

(١) فإنه عنده يتم بذكر الأب، ولا يحتاج إلى ذكر الجد في التعريف. (ك)

(٢) فخذ.

(٣) أي في القبيلة الخاصة. (ك)

(٤) هو أب الأب. (ع)

(٥) قوله: "فصل" ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة، لأن لها أحكاما مخصوصة وأخرها، لأن الأصل هو الصدق. (ن)

(٦) قوله: "شاهد الزور أشهره" أن يقر على نفسه بالكذب متعمداً، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمداً، أو يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حيًا حتى ثبت كذبه بيقين، ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة لأنه نفي لشهادته، والبينة حجة الإثبات دون النفي، فأما إذا قال: غلطت أو أخطأت، أو ردت شهادته لتهمة، أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر. (ك)

(٧) قوله: "أشهره [وتشهيره تعزيره. ع]" أقول: هذا صريح في أن التشهير أيضًا نوع من التعزير اتفاقًا غير أن الإمام اكتفى على التشهير في شاهد الزور، وهما ضما معه الوجع والضرب أيضًا، وبه يظهر جواب ما سئلت عنه من أنه هل يجوز للسلطان أن يشهر القاضي المرتشي، وقد سبقنا بتجويزه، ابن نجيم المصري صاحب البحر الرائق في بعض رسائله، وقال فيه: فإن قلت: هل له تسويد الوجه، وحلق جانب من اللحية مع كونه منهيا عنه.

قلت: له ذلك كما روى ابن أبي شيبة بسنده أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور أن يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطال حبسه، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" أن عمر رض أمر بشاهد الزور أن يلقى عمامته في عنقه، ويطاف به في القبائل.

وقال في "فتح القدير": مجيبًا عن كونه مثلة أن المثلة ليست إلا في الأعضاء ونحوه، ومن المشايخ من أجاب عن فعل عمر بأنه كان سياسة، فإذا رآه الحاكم ذلك كان له أن يفعله، وقد استفيد منه أن السياسة ما يفعله الحاكم لمصلحة العامة من غير ورود الشرع، فإذا رأى القاضي تشهير الرلشي على هذا الوجه مع كثرتها في هذا الزمان فإنه يثاب على ذلك، ولو لم يرد فكيف، وله أصل في شاهد الزور، انتهى كلامه. (مولوى عبد الحى دام فيضه)

(٨) يعني لا أضربه. (ع)

(٩) إيجاع: درد ناک ساختن. (من)

(١٠) قوله: "ما روى عن عمر إلخ" قلت رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الحدود عن الوليد ابن أبي ملك أن عمر كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه ويطال حبسه، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "أنه إلخ" هذا الحديث يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة، فيثبت ما نفاه أبو حنيفة. (عناية)

العباد، وليس فيها حد مقرر[١]، فيعزروله: أن شريحًا[٢] كان يشهره[٣] ولا يضرب، ولأن الانزجار[٤] يحصل بالتشهير، فيكتفى به، والضرب وإن[٥] كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع[٦]، فوجب التخفيف نظرًا إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضي الله عنه[٧] محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين[٨] والتسخيم. ثم تفسير التشهير منقول[٩] عن شريح[١٠] فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا، وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر، أجمع ما كانوا[١١]، ويقولون: إن شريحًا يقرأ عليكم السلام[١٢]، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وحذروا الناس منه[١٣]. وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضًا، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما، وكيفية التعزير ما

---

(١٢) قوله: "سخم وجهه إلخ" أي سوده من السخام وهو سواد القدر، وأما بالحاء المهملة من الاسحم الأسود، فقد جاء، كذا في "المغرب"، وفي "المغني": ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا. (ن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص١٧٣. (نعيم)

(١٣) شهادة الزور.

(١٤) قال الله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾.

(١٥) بإتلاف أموالهم.

(١) من الشارح.

(٢) قوله: "أن شريحًا إلخ" وذكر العلامة النسفي في "الكافي": وشريح كان قاضيًا في زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، فكان هذا من أبي حنيفة احتجاجًا بإجماع الصحابة لا تقليد الشريح لأنه لا يرى تقليد التابعي. (ك)

(٣) أي شاهد الزور.

(٤) باز ايستاد.

(٥) الواو وصلية.

(٦) فإنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع، وفيه تضييع الحقوق. (ع)

(٧) جواب عن سند الصاحبين.

(٨) قوله: "بدلالة التبليغ إلى الأربعين إلخ" لأنه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حدًا في غير حد. (عيني)

(٩) قوله: "منقول إلخ" ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبًا أو مصرًا، أو مجهول الحال، وقد قيل: إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف، وإن رجع على سبيل الإغراء يعزر بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا. (ع)

(١٠) كذا رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار"، كذا قال الزيلعي.

(١١) أي مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعًا للقوم. (عناية)

(١٢) قرأ عليه السلام رسانيد بر وى سلام را. (من)

(١٣) حتى لا يستشهده.

وقيمته عشرون ، وجميع العبد المعتق وقيمته أربعون ، وجملته ستون يقسم ذلك بينهما على قدر وصيتهما، وصية المأمور بقدر عشرين ، ووصية المعتق بقدر أربعين ، ويقسم الثلث وذلك عشرون بينهما أثلاثا، ثلثه للعبد المأمور وثلثاه للعبد المعتق ، فيعتق من العبد المأمور بحكم الوصية ستة وثلثان، فيسعى فيما بقى من رقبته، وذلك ثلاثة عشر وثلث ، ويعتق من العبد المعتق بحكم الوصية ثلاثة عشر وثلث، ويسعى فيما بقى من رقبته وذلك ستةو عشرون وثلثان ، ويسلم لهما بحكم الوصية عشرون ، ويسلم للورثة بطريق السعاية أربعون ، فيقسم الثلث والثلثان .

٨٥٢٨ :- ولو قال له " أعتق عنى عبدا بعد موتى وأنت حر" فهذا والذى فى حال الحياة وهى المسألة الأولى سواء إلا فى خصلة واحدة، وهى أنه إذا أعتق العبد المأمور عبدا وسطا عن المولى بعد موته لا يعتق العبد المأمور إلا باعتاق الورثة أوالوصى أوالقاضى ، ففى حال الحياة إذا أعتق المأمور عبدا وسطا عن المولى يعتق المأمور من غير أن يحتاج فيه إلى إعتاق أحد ، فإن قالت الورثة " أعتق عبدا وإلا بعناك " لا يلتفت إلى ذلك ولا يثبت للعبد استحقاق العتق عند إعتاقه عبدا عن الميت وليس للورثة إبطال حق العبد لكن يرفعون الأمر إلى القاضى فيمهله القاضى ثلاثة أيام أو نحو ذلك على حسب ما يرى ، فإن أعتق المأمور عبدا وسطا فى المدة التى أمهله القاضى لإعتاقه وإلا يرده إلى الورثة وأمرهم ببيعه، وقضى بإبطال وصيته ، ولو كان المولى قال لورثته "إذا أعتق عنى عبدا بعد موتى فأعتقوه، فهذا ومالو قال لعبده " أعتق عنى عبدا بعد موتى فأنت حر " سواء .

٨٥٢٩ :- وفى الأصل : إذا قال المولى لعبده " أنت حر على أن تخدمنى

٨٥٢٩ :-أخرج أبوداؤد عن سفينة قال : كنت مملوكاً لأم سلمة، فقالت : أعتقك واشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فقلت : وإن لم تشترطى علىّ ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فأعتقتنى واشترطت علىّ ، سنن أبى داؤد ، العتاق ، باب فى العتق علىٰ شرط ، ٢/٥٤٩ ، برقم ٣٩٣٢ ، سنن ابن ماجة ، العتق ، باب من أعتق عبداً واشترط خدمته ، ١/١٨١ ، برقم ٢٥٢٦.

سنة " فقبل العبد ذلك : عتق ، كمالو قال له " أنت حر عليّ ألف درهم " فقبل ، **وفی شرح الطحاوی :** وعليه أن يخدمه سنة ، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة فعلى قول أبی حنيفة وأبی يوسف رحمهما اللّٰه على العبد قيمة نفسه ، وعلى قول محمد عليه قيمة خدمة سنة ، **م :** وإن مات المولى فی نصف السنة فللورثة أن يأخذوا من العبد بما بقی من السنة من قيمة الخدمة ، وهذا قول أبی يوسف رحمه اللّٰه تعالىٰ وهو قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه تعالىٰ آخرا ، وقال محمد ، وهو قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه تعالىٰ أولا : يرجع بما بقی من قيمة العبد ، وفائدة الخلاف إنما تظهر إذا اختلفت قيمة العبد وقيمة الخدمة بأن كان قيمة العبد ألف درهم وقيمة خدمة العبد خمسمائة ، فمن قال " يرجع بما بقی من قيمة العبد " يقول يرجع بخمسمائة ، ومن قال "يرجع بقيمة الخدمة " يقول يرجع بمائتين وخمسين ، **وفی شرح الطحاوی :** وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضی لمولاه فی ماله لقيمة نفسه فی قولهما ، وفی قول محمد رحمه اللّٰه يقضی بقيمة الخدمة .

٨٥٣٠ :- وفی الهداية : ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهو أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت ، **الكافی :** قبل القبض ، يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده ، **وفی الكافی :** فهذه المسألة بناء على أن الذمی إذا أعتق عبده الذمی على خمر ثم أسلم أحدهما، فعليه قيمة نفسه عندهما ، وعنده قيمة الخمر، **وفی واقعات الناطفی :** رجل قال لآخر " جاريتی هذه لك على أن تعتق عنی عبدك فلانا" فرضی بذلك ودفع الجارية إليه لا تكون الجارية له حتى يعتق عبده ،.

٨٥٣١ :- م : وإذا قال لعبده " اخدم ولدی سنة ثم أنت حر " أو قال : إذا خدمتنی وإياهم سنة فأنت حر" فخدمهم سنة : عتق لوجود الشرط ، فإن مات المولى قبل السنة لم يعتق لفوات بعض الشرط وهو خدمة المولى ، ولو شرط المولى خدمة نفسه ومات بطل اليمين .

٨٥٣٢ :- وفی المنتقی : إذا قال لجاريته " أنت حرة على أن تخدمی

فلانة" فقبلت فهى حرة وعليها أن ترد قيمتها لأن الخدمة مجهولة ، قال : ولو قال " على أن تخدمى فلانة شهرا " فقبلت حتى عتقت ثم لم تخدم فلانة ؟ قال أبويوسف رحمه الله تعالىٰ ترد قيمتها، وقال محمد رحمه الله : قيمة خدمتها شهرا، **وفى الظهيرية :** سئل بعض أهل العلم عمن قال لجاريته " أعتقتك على أن تخدمينى" قال : تعتق وتسعى فى قيمتها ، وقال بعضهم : إن خدمته عمره أوعمرها لا شيء عليها ، وإن أبت أن تخدمه عمره تسعى فى قيمتها .

٨٥٣٣ :- م : وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله إذا قال الرجل لعبده " أنت حر على أن تخدم فلانا سنة " فالقبول إلى فلان فإن قبل عتق وإن لم يخدمه رد قيمته ، وروى بشر عنه أيضا : إذا قال له " اخدمنى سنة وأنت حر " قال أبوحنيفة رحمه الله : يعتق الساعة فلا شيء عليه ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يعتق إلا بالخدمة قبل أو لم يقبل ، ولو لم يقل " سنة " وخدمه شيئا يسمى خدمة عتق عند أبى يوسف رحمه الله ، **وفى المنتقى :** لو قال " أنت حر فاخدمنى سنة ، أو قال : أنت حرفأعطنى ألفا " فإن قبل ذلك فهو حر الساعة وعليه أن يخدمه سنة إن كان العتق على الخدمة ، وإن كان العتق على ألف فعليه أن يعطيه الألف ، **وفى الجامع الصغير العتابى :** ولو أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد، عتق وعليه خدمته أربع سنين ، فإن مات المولى قبل أن يخدم العبد شيئا فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله عليه قيمة نفسه للورثة ، وعند محمد ، **وفى الخلاصة الخانية :** وزفر : عليه قيمة خدمته أربع سنين .

٨٥٣٤ :- وفى جامع الجوامع : قالت امرأة لعبدها " أعتقتك على أن تتزوجنى وتمهر لى ألفا " فقبل ثم أبى التزوج : عتق وسعى فى قيمته، ولو تزوج على مائة ورضيت لا سعاية، وبالإباء من قبلها لا شيء عليه .

٨٥٣٥ :- م : وفى مجموع النوازل : إذا قال لعبده " أنت حر وأدّ إلى ألف درهم " فهو حر ولا شيء عليه ، ولو قال " أدّ إلىّ ألف درهم وأنت حر " لا يعتق مالم يؤد ألف درهم ، **وفى الذخيرة :** ولو قال " أدّ إلىّ ألف درهم فأنت حر " ذكره بالفاء : فإنه يعتق فى الحال ، ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ المسألة فى مأذون

الكبير، وفرق بين حرف الفاء وبين حرف الواو ولم يذكر في المسألة خلافا ، وبعض مشايخنا قالو : ما ذكر في هذا الكتاب من الجواب فيما إذا ذكر بحرف الواو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالیٰ ، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالیٰ ينبغي أن يعتق في الحال قبل الأداء ، ومنهم من قال : ما ذكر في المأذون قولهم ، **وفي شرح الطحاوي :** ولو قال " أدّ إليّ ألف درهم فأنت حر" لا رواية في هذا ، وقيل إنه لا يعتق إلا بأداء المال ، ولو قال " أدّ إليّ ألفا أنت حر" يعتق في الحال أدى أو لم يؤد لأنه لم يأت بحرف الجزاء .

٨٥٣٦ :- وفي الينابيع : ولو قال " أنت حر وعليك ألف درهم " : عتق في الحال ولم يلزمه الألف قبل أو لم يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : إن قبل عتق ولزمه الألف ، وإن لم يقبل لم يعتق ، ولو ما ت المولى قبل الأداء في جميع ما ذكرنا بطلت يمينه ، ولو أخرج العبد من ملكه قبل الأداء ببيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك ثم ملكه ، وأحضر المال لا يجبر على القبول ، فإن قبل عتق، وإن لم يقبل لم يعتق ، ولو أعتق أمته على أن يتزوجها فقبلت ثم أبت عن التزوج : سعت في قيمتها ، **وفي تجنيس الملتقط :** رجل أعتق أم ولده على أن تتزوج به ، فقبلت وعتقت ثم أبت أن تتزوجه ، لاشيء عليها من السعاية ، وعند أبي يوسف ومحمد تجب عليها السعاية في قيمتها .

٨٥٣٧ :- وفي فتاوى آهو : سئل شمس الأئمة الحلواني عمن قال " إن خدمتني كثيرا فأنت حر" قال : إذا خدمه أكثر من شهر يعتق وإلا فلا ، وقال القاضي بديع الدين : ينصرف إلى عشرة أيام .

٨٥٣٨ :- م : ذكر في الأصل : إذا قال لأمته عند وصيته " إذا خدمت ابني وابنتي حتى استغنيا فأنت حرة " فإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا، فإن أدرك أحدهما دون الآخر تخدمهما جميعا حتى يدرك الآخر ؛ وإن كانا كبيرين تخدم البنت حتى تزوج، والابن حتى يحصل للابن ثمن جارية؛ لأن استغناء الكبير بهذا ، وإذا زوجت الابنة وبقي الابن تخدمهما جميعا ، وإن مات أحدهما وهما كبيران أو صغيران بطلت الوصية .

٨٥٣٩ :- وعن الحسن بن مطيع رحمه اللّٰه فى رجل قال لمملوكه " اخدم ورثتى سنة بعد موتى ثم أنت حر" فمات بعض الورثة ، قال : يعتق العبد من الوقت الذى قاله الميت ، **وفى الظهيرية :** وقال بعضهم : إذا مضت السنة من وقت الموت يعتق .

٨٥٤٠ :- رجل قال لأمته " إذا مات والدى فأنت حرة " ثم باعها من والده ثم تزوجها ثم قال لها " إذا مات والدى فأنت طالق ثنتين " فمات الوالد : كان محمد أولا يقول : تعتق ، ثم رجع، وقال : لا يقع الطلاق ولا العتاق ، **وفى الذخيرة :** إذا قال " أنت حر على أن تحج عنى " فلم يحج عنه فعليه قيمة حجة .

٨٥٤١ :- م : وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه اللّٰه عن رجل قال لعبده " صم عنى يوما وأنت حر ، أوقال : صل عنى ركعتين وأنت حر " قال : يعتق العبد صام أو لم يصم، صلى أو لم يصل : ولو قال " حج عنى حجة وأنت حر " لا يعتق حتى يحج عنه ، **وفى الزيادات :** إذا قال له " حج عنى فى حياتى وأنت حر أو قال : إذا حججت عنى فى حياتى فأنت حر " لايصح هذا التعليق أصلا ، وإذا قال " أدّ إلىّ ألفا أحج بها وأنت حر ، أو قال : إذا أديت إلىّ ألفا أحج بها وأنت حر " فأدى الألف يجبر المولى على القبول ، فإذا قبل عتق حج أو لم يحج ، ولو قال " إذا أديت إلىّ ألفا أحج بها فأنت حر " فأدى الألف لا يجبر المولى على القبول، فإذا قبل لا يعتق حتى يحج بها ، ولو قال له " حج عنى بعد موتى بحجة وأنت حر " فعليه أن يحج حجة وسطا من منزل المولى وإذا حج لايعتق مالم يعتقه الورثة أو الوصى أو القاضى.

٨٥٤٢ :- ولو قال له " إدفع إلى وصيى بعد موتى قيمة حج بها عنى وأنت حر " ينصرف إلى قيمة حج وسط من منزل الميت ، وإذا دفع العبد ذلك إلى الوصى عتق العبد حج بها الوصى أولم يحج ، **وفى جامع الجوامع :** ثم الورثة إذا شاؤا أجازوا الحج وأخذوا ثلثيها، ويحج بالثلث من حيث بلغ ، ولو أوصى بثلث الآخر أيضا فثلث السعاية يقسم بين الحج والموصى له يضرب هذا بالثلث وآخر بقدر حج وسط ، ولو قال " حج عنى بعد موتى وأنت حر " ولامال، وأبى الورثة خروجه : لهم ذلك حتى يخدمهم بثلثى ما يحتاج للحج ، **م :** ولو قال " إذا دفعت إلى وصيى بعد موتى قيمة حج يحج بها عنى فأنت حر " فأداها إلى الوصى : لا يجب إعتاقه حتى يحج بها الوصى .

الفصل الرابع فى العتق المبهم

٨٥٤٣ :- يـجـب أن يـعـلـم بأن إعتاق المولى أحد عبديه لا بعينه صحيح، ويثبت للمولى خيار التعيين ، **وفى الحجة :** سواء قال " أحدكما حر ، أو قال : هذا حر أو هذا " ، ثم عند أبى يوسف رحمه اللّٰه للاختيار والتعيين حكم الإنشاء ، وعند محمد له حكم البيان ، **وفى شرح الطحاوى :** ومـن قال لعبديه "أحدكما حر" لا ينـوى أحدهما بعينه : عتق أحدهما ويؤمر بالبيان ؛ ثم البيان قد يكون صريحا وقد يكون دليلا ، فالصريح أن يقول " اخترت أن يكون هذا حرا باللفظ الذى قلت " أو يقـول " أنت حر بذلك اللفظ أو بذلك العتق " أو يقول "أعتقتك بالعتق السابق " ، فـإن قـال لـه " أنـت حـر " إن أراد به عتقا مستأنفا فإنهما يعتقان جميعا : يعتق هذا باعتـاقـه ، ويـعتـق الآخـر باللفظ السابق ولو قال " عنيت به العتق باللفظ السابق " يـصـدق ، وإذا خـاصـم العبد أن المولى أبى أجبره الحاكم على أن يوقع العتق على أحدهما ، فإذا اختار أحدهما وقع العتق حين اختار ، وقال محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ: وهـما قبل ذلك بمنزلة العبدين ما دام خيار المولى قائما ، **وفى التفريد :** وقيل البيان حـكمهما كحكم العبدين فى كل حكم لا يتأدى مع الجهالة، أما فى حكم يتأدى مع الجهالة فأحدهما حر بغير عين، والآخر عبد بغير عين ، **م :** قوله "وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين " يشير إلى أن العتق المبهم غير نازل.

٨٥٤٤ :- فـاعـلـم أن المشايخ اختلفوا فى أن الإيجاب المبهم من الطلاق والعتاق هل هو نازل فى المحل أم لا، وأن البيان فيهما معتبر بالإنشاء أو بالإظهار ؟ قـال الـمشـايخ : فى المسألة الأولى روايتان : على رواية الزيادات الإيجاب المبهم غيـر نـازل فـى الـمـحـل ، وعـلى رواية الأصل نازل ؛ وبعضهم قالوا : المذكور فى الـزيـادات : قـول أبـى حـنيـفة رحـمـه اللّٰه ، والمذكور فى الأصل قولهما ؛ وبعض الـمشـايـخ قـالـوا : الإيـجـاب المبهم فى الطلاق والعتاق لا ينزل فى المحل أصلا بـالاتـفـاق إلا أن يوجد من الموقع فعل يصير به موقعا للعتق كما فى العبدين لو با ع

أحـدهـمـا أو وهـب أو تـصـدق، وفى الجاريتين إذا وطأ إحداهما عند أبى يوسف ومـحمد رحمه الله ، **وفـى الخلاصة الخانية :** ولـو كـانتـا أمتين فوطأ إحداهما ، إن علقت يتعين العتق بالأخرى اتفاقا ، وإن لم تعلق لم يتعين عند أبى حنيفة خلافا لهما .

٨٥٤٥ :- وفـى فتـاوى أبـى الليث : إذا قـال لأمتيـه " إحـداكـما حرة " فسئـل عـن إحـداهـما بعينها، فقال " لم أعن هذه " تعتق الأخرى ، ولو سئل عن الأخرى فقال " لم أعن هذه " عتقت الأولى أيضا فتعتقان جميعا ، **وفى الخانية :** وكـذلك فى الطلاق ، ولو قال لعبدين له " أحدكما حر" فقيل له : أيهما نويت ؟ فـقـال " لم أعن هذا " وأشار إلى أحدهما بعينه : عتق الآخر ، فإن قال بعد ذلك " لم أعن الآخر" عتق الأول أيضا .

٨٥٤٦ :- م : وفى فتاوى أهل سمر قند : إذا قال " أمة وعبد من رقيقى حـران " ولـم يبين حتى مات وله عبدان وأمة : عتقت الأمة ومن كل واحد من العبدين نصفه ويسعى كل واحد منهما فى نصفه ، ولو كان له ثلاثة أعبد وأمة: عتـقـت الأمة ومن كل واحد من العبيد ثلثه، ويسعى كل واحد منهم فى ثلثيه ، ولـو كـان ثلاثة أعبد وثلاث إماء : عتق من كل واحد من العبيد والإماء الثلث ويسعـون فـى البـاقى ، ولو كان له ثلاثة أعبد وأمتان : عتق من كل أمة نصفها وسعـت فـى الـنـصف وعتـق مـن كـل عبد ثلثه وسعى فى الثلثين ، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل .

٨٥٤٧ :- قـال محمد **فـى الـجامع الصغير :** رجـل قـال لعبديه " أحدكما حـر" ثـم بـاع أحـدهما أو مات أحدهما، عتق الآخر ، وروى عن محمد فيمن قال "أحـد هـذين ابنى ، أو: إحدى هاتين أم ولدى " فمات أحد منهما : لم يتعين القائم لـلـحـرية والاستيـلاد لأن هـذا إخبـار عـن أمر سابق، والإخباريصح فى الحى وفى الـميـت بـخـلاف البيـان؛ لأنـه فى حكم الإنشاء فلا يصح إلا فى الحى ، ولو مات الـمولى قبل البيان : عتق من كل واحد نصفه ولا خيار للوارث ، **وفى شرح الطحاوى :** بـخـلاف مالو أعتق أحد عبديه ثم نسيه لا يجبر على البيان لمخافة أن يسترق الحر

ولكن تبيين الورثة يصح ، **م :** وأما إذا باع أحدهما أو كاتبه أو رهنه أو دبره أو استولد إحداهما ، **وفى التهذيب :** أو آجر أو باع بشرط الخيار لنفسه أو للمشترى أو باع بيعا فاسدا ولم يسلم أو سلم أو ساوم أو أوصى به أو زوج أحدهما أو حلف على أحدهما بالحرية إن فعل شيئا ، **وفى الخلاصة الخانية :** وكذا لو رهن أحدهما وسلم أو كاتب أو دبر ، **م :** فهذا كله اختيار للعتق فى الآخر ، وروى عن محمد أن اليمين إذ كانت سابقة على الحرية المجهولة يعتق الآخر لوجود الشرط تعين الثانى للعتق لأن الذى عتق لوجود الشرط لم يبق محلا للبيان فصار كما لو مات .

٨٥٤٨ :- وذكر محمد فى الإملاء : إذا وهب أحدهما أو تصدق به وسلم عتق الآخر ، ذكر التسليم وأنه إتفاقى لا أنه شرط ، وقال أبويوسف ومحمد رحمهما اللّٰه : إذا وطأ إحداهما كان وطؤه بيانا للعتق فى الأخرى وهو معروف ، **وفى التجريد :** وقال أبو حنيفة رحمه اللّٰه : إذا وطأ إحداهما لم يكن وطؤه بيانا للعتق فى الأخرى ، **وفى الكافى :** ولوقال لامرأتيه " إحداكما طالق ثلاثا " ثم مات إحداهما أو وطأ إحداهما : صار بيانا إجماعا ، **م :** وعن أبى يوسف رحمه اللّٰه أن التقبيل والنظر فى الفرج بشهوة كالوطء ؛ ولو استخدم أحدهما لم يكن اختيارا فى قولهم جميعا ، ولو أعتق أحدهما بعينه ثم قال " أردت به ذلك العتق " فالقول قوله، أو لو وهبهما وتصدق بهما أو تزوج عليهما فإنه يجبر على البيان فى أحدهما وتجوز الهبة والصدقة والإمهار فى الآخر ، **وفى التجريد :** ولو لم يعين حتى مات بطل فيهما ، **وفى جامع الجوامع :** عتق نصف كل واحد منهما .

٨٥٤٩ :- وفى التجريد : ولو اشتراهما أهل الحرب كان للمولى أن يوقع العتق على أحدهما ويكون الآخر لأهل الحرب، فإن لم يعتق المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب فيهما ؛ ولو اشتراهما رجل من أهل الحرب فللمولى أن يوقع العتق على أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن ، ولو اشترى أحدهما، فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء ، **م :** ولو باعهما من رجل صفقة واحدة فسلمهما إليه فأعتقهما المشترى : أجبر البائع على البيان ، **وفى التجريد :** فإذا بين

فـي أحدهما عتق الآخر على المشترى ولزمه القيمة ، **م :** فإن مات البائع قبل البيان يقال للورثة " بينوا " فإذا بينوا عتق الآخر على المشترى ولا يشيع العتق فيهما .

٨٥٥٠ :- ولـو قتـلهما رجل معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما لـلـمـولى ، وذكر فى الأصل : عليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر ، وإن قتل أحـدهـما بعد الآخر فعلى القاتل قيمة الأول ودية الثانى ، وإن قتل كل واحد منهما رجـل معا فعلى كل واحد من القاتلين قيمة عبد بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد ، ولـو قتـل كـل واحـد مـنهـمـا رجل على التعاقب فعلى الأول قيمة المقتول لمولاه وعلى الثانى دية المقتول لورثته ، ولو قطع رجل يد كل واحد منهما معا أو أحدهما بعد الآخر : كان عليه أرش العبد فيهما جميعا بخلاف ما إذا قتلهما رجل واحد .

٨٥٥١ :- وفى الولوالجية : ولـو قـال لأمتيـه "إحداكما حرة " ثم فقأعين إحداهما رجل : فالمولى على خياره ، **م :** فإن كانتا أمتين فولدت كل واحدة منهما ولـدا أو ولـدت إحداهما : فإنه يعتق ولد التى يختار المولى إيقاع العتق عليها ، فلو مـاتـت الأمتان أو قتلهما معا : خير المولى فى أن يوقع العتق على أى الولدين شاء ، وإن مات أحد الولدين حال حياة الأمتين لم يلتفت إلى ذلك .

٨٥٥٢ :- وفى الكافى : رجـل قال فى صحته " سالم وبزيغ حران أو بزيغ وفـرقـد حـران أو فـرقـد ومبارك حران " صح الإيجاب ويخير المولى فأى إيجاب اختار عتق من يناوله ذلك الإيجاب وبطل غيره ، فإن اختار الأول عتق سالم وبزيغ، وإن اختـار الثـانى عتق بزيغ وفرقد ، وإن اختار الثالث عتق فرقد ومبارك ، فإن مات قبـل البيـان عتق ثلث سالم وسعى فى ثلثيه ، وكذا يعتق ثلث مبارك ويعتق ثلثا بزيغ وثـلثـا فـرقـد وكـذا لـو قـال فـى مرضه وخرجوا من الثلث أو لم يخرجوا فأجازت الـورثة، فـإذا لـم يخرجوا من الثلث ولم يجز الورثة قسم الثلث على قدر سهامهم : فـحـق سـالـم فـى سهم وحق مبارك فى سهم وحق بزيغ فى سهمين وحق فرقد فى سهـمـيـن ، فبلغت سهام الوصايا ستة ، فجعلنا ثلث المال ستة ليكون تنفيذ الوصايا مـن الثـلـث والكل ثمانية عشر ، فصار كل عبد أربعة ونصف فانكسر فضعفنافصار

ستة و ثـلاثيـن وصـار ثلث المال اثنى عشر و كل عبد تسعة فيعتق من سالـم سهمان ويسعـى فى سبعة ومن مبارك كذلك ويعتق من بزيغ أربعة ويسعى فى خمسة ومن فرقد كذلك فبلغت سهام الوصايا اثنى عشر وسهام السعاية أربعة وعشرين .

٨٥٥٣ :- ولـو قـال لثلاثة أعبد منهم " سالم حر أو بزيغ حر وبزيغ ومبارك حـران" فـأى إيـجـاب اختـار عتق من يناوله ذلك الإيجاب ، فإن اختار الأول عتق سـالـم ، وإن اختارالثانى عتق بزيغ ، وإن اختار الثالث عتق مبارك وبزيغ ، وإن مات قبـل البيـان عتـق ثـلـث سـالـم وثـلث مبارك وثلثا بزيغ ، وإن قال ذلك فى المرض وخـرجـوا مـن الثـلـث وأجـازت الـورثة فـكذلك ، وإن لـم يخرجـوا من الثلث ولـم يـجيـزوا : قسـم الثـلـث عـلـى قـدر سهامهم، وسهامهم أربعة أسهم : سهم لسالم وسهـم لـمبـارك وسهـمـان لبـزيغ ، فصار ثلث المال أربعة أسهم ، وكل عبد أربعة أسهـم ، يعتق من سالم سهم ويسعى فى ثلاثة أسهم ومن مبارك كذلك ، ومن بزيغ سهـمـان ويسـعى فى سهمين ، فبلغ سهام العتق أربعة، وسهام السعاية ثمانية ، ولو قـال " سـالـم حـر أو بزيغ وسالم حران أو مبارك وسالم حران " ومات : عتق سالم وثـلـث كل آخر ، وكذا لو لـم يعد الخبر؛ لأن الخبر صار مذكورا بالعطف ، ولو قال " سـالـم حـر أو سـالـم وبـزيغ حران " : عتق سالم ونصف بزيغ ، ولو لـم يعد الخبر عتقا، ولو قال "أحدكما حر أو سالم " : عتق ثلاثة أربا ع سالم وربع بزيغ .

٨٥٥٤ :- وفـى الـكافى : " سـالـم حـر أو بـزيغ أوسالـم " عتق نصف كل واحـد ، ولـو قـال "سالم حر أو بزيغ حر أو هما حران " ومات قبل البيان : عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه، ويسعى فى ربعه ، وإن لـم يكن له مال سواهما ولـم يخرجوا ولـم يـجيـزوا : فالثلث بينهما نصفان ، وإن قال لثلاثة أعبد " أنت حر أو أحدكما ، لـغيره ، أوأحدكم " ومات قبل البيان : عتق أربعة أتسا ع الأول وتسعان ونصف من الآخـريـن ، ولو قال " أنت حر أو أحدكما ، وهو منهما ، أو أحدكم " عتق خمسة أتسـا ع الأول ونـصف تسـع وتسـعـا الثـانـى ونصف تسع وتسع للثالث ، وإن قال "أنـت حـر أو أنت لغيره ، أو أحدكم " : عتق أربعة أتسا ع كل معين وتسع الثالث ، وإن قـال لثـلاثة أعبـد " سالم حر أو بزيغ حر أو مبارك وسالم وبزيغ أحرار " ومات

قبل البيان : عتق ثلثا سالم وثلثا بزيغ وثلث مبارك ، وإن قال " أنت حر يا سالم أو أنت يا بزيغ أو أنت يا مبارك " خير؛ لأنه كقوله " أحدكم " ، فإن جمع بين سالم وبزيغ وقال " أحدكما عبد " خرج أحدهما من اليمين ودار العتق بين مبارك وبين أحدهما ، فإن مات قبل البيان : عتق نصف مبارك وربع بزيغ وربع سالم ، وذكر **فى الجامع الكبير** : أن قوله " أحدكما عبد " لغو فيعتق ثلث كل واحد ، ولو قال "أحدكما مدبر " صار أحدهما مدبرا ودار العتق بين أحدهما ، فإن مات قبل البيان عتق نصف مبارك وربع سالم وربع بزيغ وصار نصف كل واحد منهما مدبرا ، وإن جمع بين سالم وبزيغ وقال " اخترت أن يكون أحدهما عبدا " ثم جمع بين بزيغ ومبارك وقال " أحدكما عبد " ومات : بطل الاختيار الأول واعتبر الثانى فعتق نصف سالم وربع بزيغ وربع مبارك .

٨٥٥٥ :- وإن قال لأربعة " أحدكم حر " ثم قال لسالم وبزيغ " أحدكما عبد " ثم قال لبزيغ وفرقد " أحدكما عبد " ثم قال لفرقد ومبارك " أحدكما عبد " ومات قبل البيان : فالخيار الأخير ناسخ لما قبله ، وخرج فرقد ومبارك من اليمين ودار العتق بين سالم وبزيغ وأحد الآخرين فعتق ثلث سالم وثلث بزيغ وسدس فرقد وسدس مبارك وصار كل عبد ستة .

٨٥٥٦ :- ولو قال فى صحته لامرأته وعبده " أنت طالق أوهو حر " وهى مدخول بها ومات بلا بيان : عتق نصف العبد وسعى فى نصف قيمته ولها كل المهر والإرث ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لها نصف الإرث وثلاثة أرباع المهر ، ولكن عند أبى يوسف رحمه الله ذلك فى السعاية وغيرها، لأن حقها فى التركة والسعاية منها ونصف المهر ، عند محمد كذلك ، وربع إرثها فى غير السعاية .

٨٥٥٧ :- رجل له ثلاثة أعبد ودخل عليه اثنان فقال " أحدكما حر " ثم خرج أحدهما ودخل الثالث فقال " أحدكما حر " : فما دام حيا يؤمر بالبيان؛ لأن الإبهام منه، فإن عنى بالكلام الأول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى؛ لأنه بقى دائرا بين الحر والعبد ، وإن عنى بالكلام الأول الخارج عتق الخارج بالكلام الأول، ويؤمر ببيان الكلام الثانى لصحته لكونه دائرا بين العبدين ، هذا إذا بدأ

بـالـكـلام الأول ، فـإن بـدأ بـالـكلام الثانى وقال " عنيت به الثابت " عتق الخارج بالكلام الأول ولا يبطل الإيجاب الأول ، وإن قال " عنيت بالكلام الثانى الداخل " عتـق الـداخـل ويـؤمـر ببيان الكلام الأول ؛ فإن لم يبين المولى شيئا ومات أحدهم فالموت بيان أيضا : فإن مات الخارج بعتق الثابت بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبـطـل الإيجاب الثانى ، وإن مات الثابت يعتق الخارج بالإيجاب الأول والداخل بـالإيـجاب الثانى ، وإن مات الداخل خير فى الإيجاب الأول، فإن عنى به الخارج يـعتـق الثـابـت بالإيجاب الثانى ، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثانى ؛ فإن لم يـمـت واحـد مـنهـم ولـكـن مات المولى قبل البيان : شاع العتق بينهم على اعتبار الأحـوال : فيـعتق من الخارج نصفه ومن الداخل نصفه ، ومن الثابت ثلاثة أرباعه ، وقـال مـحـمـد رحـمه اللّٰه : يعتق ربع الداخل ، وإن كان القول منه فى المرض فإن كـان لـه مـال يخرج قدر العتق من الثلث ، وذلك : رقبة وثلاثة أربا ع رقبة عندهما ، ورقبة ونـصف رقبة عنده ؛ أولـم يخرج ولكن أجازت الورثة فالجواب كما ذكرنا : وإن لـم يـكـن لـه مـال سوى العبيد ولـم يجز الورثة قسم الثلث بينهم كما وصفنا ، وبيـانـه أن نـقـول : حـق الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الأربا ع ، وحق الـداخـل عـنـدهـما فى النصف أيضا فيحتاج إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فـحـق الـخارج في سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق ، سبعة" فيجعل ثلث المال صبعة وإذا صار ثلث المال سبعة صار جميع الـمـال" أحـدا وعشـريـن " ومـالـه ثـلاثة أعبـد فيصير كل عبد " سبعة " : فعتق من الـخـارج سهـمـان ويسـعـى فـى خـمسة ، ويـعتق من الداخل سهمان ويسعى فى خـمسة، ويـعتـق مـن الثـابـت ثـلاثة ويسعى فى أربعة ، فبلغت سهام الوصايا سبعة وسهـام السـعـاية أربـعة عشـر فاستقام الثلث والثلثان ؛ وعند محمد رحمه اللّٰه حق الداخل فى سهم، وكان سهام العتق عنده ستة ويجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثـنـا عشـر وجميع المال ثمانية عشر : فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى فى أربعة ، ومن الداخل سهم ويسعى فى خمسة .

٨٥٥٨ :- ولو كان هذا فى الطلاق بأن كان لرجل ثلاث نسوة ولـم يدخل

بواحدة منهن فدخلت عليه امرأتان فقال "إحداكما طالق" ثم خرجت إحداهما وخلت الثالثة فقال "إحداكما طالق": فما دام الزوج حيا يؤمر بالبيان فإن وجد البيان فكما مر، وإن مات قبل البيان يوزع حكم الطلاق عليهن باعتبار الأحوال، وهاهنا أحكام ثلاثة: حكم المهر والميراث والعدة، أما حكم المهر فسقط من مهر الداخلة ثمنه، ومن مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه، وأما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان، وعلى كل واحدة عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول.

٨٥٥٩:- وفی شرح الطحاوی: رجل قال لعبديه "أحدكما حر بألف درهم": لا يعتق واحد منهما حتى يقبلا فی المجلس، فإن لم يقبلا حتى افترقا عن المجلس: بطل، وإن قبل أحدهما ولم يقبل الآخر: لا يعتق، لأن للمولى أن يقول "عنيت غير القابل"، وإن قبلا فإن قال لكل واحد منهما "قبلت بخمسمائة": لا يعتق واحد منهما، لأنه أعتق أحدهما بألف لابخمسمائة، وإن قال كل واحد منهما "قبلت بألف" أو لم يقل "بألف" ولكن قال "قبلت": يعتق أحدهما بألف ويقال للمولى "بين" فإذا أوقع العتق على أحدهما عتق ولزمه الألف، وإن مات انقسمت تلك الرقبة نصفين فيعتق كل واحد منهما بخمسمائة ويسعى فی نصف قيمته، **وفی الكافی:** ولو قال لأربع إماء "كلما نكت (نكحت) واحدة منكن فواحدة منكن حرة" فوطأ ثنتين ومات قبل البيان: عتق نصف كل واحدة عند أبی حنيفة رحمه الله، وعندهما عتق من الموطوءة آخرا ثلثها ومن كل واحدة من البواقی خمسة أسباعها؛ ولو وطأ ثلاثا عتق ثلاثة أرباع كل واحدة، وعندهما عتق من الموطوءة أولا سبعة أثمانها وكذلك من غير الموطوءة ومن الثانية ثلاثة أرباعها ومن الثالثة نصفان؛ ولو وطأ الأربع عتقن بالاتفاق، ولو زاد "سواها" بأن قال "كلما نكت واحدة منكن سواها حرة" ثم وطأ ثنتين: عتق ثلاثة أسباع الأولى وثلث الثانية وأربعة أسباعه وثلث سبع من كل واحدة من غير الموطوءتين، وعندهما عتق من غير الموطوءتين من كل واحدة ثلاثة أرباعها ومن الأولى نصفها؛ وإن وطأ ثلاثا فعندهما يعتق ثمن الثالثة، وإن وطأهن عتقن.

٨٥٦٠ :- رجل قال لعبديه " أحدكما حر بألف " فقالا " قبلنا" ، ثم قال "أحدكما حر بخمسمائة " فقبلا : صح الإيجاب الأول وبطل الثانى ، وإذا صح الكلام الأول فما دام حيا يرجع بيانه إليه ، فإن مات قبل البيان شا ع العتق فيهما وشا ع المال فيعتق نصف كل واحد بخمسمائة ويسعى كل واحد فى نصف قيمته، وإن قال " أحدكما حر بألف درهم " فلم يقبلا حتى قال " أحدكما حر بمائة دينار " ثم قبلا : صح الإيجابان، فإذا قبلا انصرف قبولهما إلى الكلامين وخير المولى إن شاء أوقع العتق عليهما بالمالين، وإن شاء أوقع العتق على أحدهما بالمالين ويسعى كل واحد منهما فى ربع قيمته؛ لأنه إن أراد بالإيجاب الأول والثانى واحدا عتق الواحد بالمالين، وإن أراد بالكلام الثانى غير الذى أراده بالكلام الأول عتقا بالمالين فتيقنا بعتق رقبة وبقى عتق الآخر مترددا بين الثبوت والسقوط فيتنصف فيعتق رقبة ونصف بينهما لكل واحد منهما ثلاثة أرباعه، وعلى كل واحد منهما نصف المالين ، ولو قال لمعين منهما " أنت حر بألف أحدكما بمائة دينار " فقبلا ومات بلابيان : عتق المعين بألف درهم وخمسين دينارا ونصف الآخر بخمسين دينارا ويسعى فى نصف قيمته ، ولو قال " أحدكما حر بألف درهم والآخر بخمسمائة " فقبلا : عتقا وبطل خيار المولى وعلى كل واحد منهما خمسمائة وكرجلين قالا لرجل " لك على أحدنا ألف وعلى الآخر خمسمائة " يجب على كل واحد منهما خمسمائة ، ولو قال " أحدكما حر بألف والآخر بغير شيء فقبلا : عتقا بغير شيء ، كرجلين قالا لرجل " لك على أحدنا ألف " لايقضى بشيء .

٨٥٦١ :- وفى شرح الطحاوى : ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين : عتق الذى قبل بأكثر المالين ، ولوقبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان جميعا ، وإن قال " أحدكما حر بألف والآخر بألفين " فقال أحدهما "قبلت " ولم يزد عليه أو " قبلت بألفين " : عتق بألف ، قيل هذا قولهما ، أما عند أبى حنيفة رحمه الله فيجب أن لا يعتق وعليه ألف فى الصورتين ، وإن قال " قبلت العتق بألف " ، لا يعتق ، وإن قال " أحدكما حر بألف درهم والآخر بمائة دينار "

فقال أحدهما " قبلت " وسكت: عتق ويعطى العبد أى المالين شاء لأن الجنس مختلف وكان الخيار لمن عليه، كمن قال لآخر " لك على ألف درهم أو مائة دينار" كان البيان إليه، وإن قال " قبلت العتق بألف درهم " أو قال " قبلت بمائة دينار ": لم يعتق، وإن قال " أحدكما حر بألف درهم والآخر بغير شيء " فقال أحدهما " قبلت العتق بألف ": عتق، وللمولى الخيار، فإن عنى القابل بالإيجاب مجانا عتق وبقى الآخر عبدا، وإن عناه بالإيجاب بألف عتق بألف ويعين الآخر للإيجاب مجانا فيعتق وإن مات المولى قبل البيان وكان القول فى الصحة: عتق القابل بخمسمائة ونصف الآخر مجانا .

٨٥٦٢ :- ولو قال " أحدكما حر بألف درهم والآخر بمائة دينار" فقبلا: عتقا ولا شيء عليهما، وكذا لو قال لامرأتيه " إحداكما طالق بألف درهم والأخرى بمائة دينار" فقبلتا: بانتا ولا شيء عليهما، وإن قال " أحدكما حر بغير شيء أو أحدكما حر بألف " فقبلا: عتق أحدهما مجانًا وخيار التعيين إليه وبطل الإيجاب الثانى، وكذا لو قال " أحدكما حر بألف " فقبلا ثم قال " أحدكما حر بغير شيء": صح الأول وخير فيه وبطل الثانى، وإن قال " أحدكما حر بألف وأحدكما حر بغير شيء " فقبلا: عتقا ولا شيء عليهما، وكذا لو قال " أحدكما حر إذا جاء غد أحدكما حر الساعة فجاء غد عتقا .

٨٥٦٣ :- وفى شرح الطحاوى: وإذا اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر فيقول كل واحد " أنا حر " والمولى يقول " أحدكما عبدى " فإن لكل واحد منهما أن يحلف المولى " بالله ما يعلم أنه حر " فإن حلف لأحدهما ونكل لآخر عتق الذى نكل له دون الآخر، وإن نكل لهما جميعا عتقا جميعا، وإن حلف لهما: فقد اختلط الآن حر بعبد فالقاضى يقضى بالاحتياط، ويعتق من كل واحد نصفه بغير شيء نصفه بنصف القيمة .

٨٥٦٤ :- وكذلك لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته، وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسى أيهما كان، فإن بين عتق من بين، وإن لم يبين وقال " لا أدرى أيهما حر " لا يجبر على البيان، ولكن

يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمة كذلك هاهنا ، رجل قال فى صحته لعبديه " أحدكما حر " ثم مرض مرض الموت فصرف ذلك إلى أحدهما عتق ذلك من جميع المال وإن كانت قيمته أكثر من الثلث لما أن البيان ليس بابتداء الإيقاع .

٨٥٦٥ :- ولو قال " إحداكما مدبرة " صارت إحداهما مدبرة لا غير فإذا وطأ إحداهما لايكون بيانا بالإجماع ، ولو كانت له عشر إماء يمنع عن وطئهن واستخدامهن فى هذه الحالة ، والحيلة فيه أن يعقد عقد النكاح عليهن فيحل الفرج ، ولو باعهن جملة انفسخ البيع فى الكل ، ولو باعهن على الانفراد جاز البيع فى الكل إلا فى الباقية فإنها تعتق ويكون بيانا ولم يملك البيان من طريق القول ولكنه من طريق الفعل .

٨٥٦٦ :- م : وفى الجامع : إذا قال الرجل لعبدين له " إذا جاء غد فأحدكما حر " ثم مات أحدهما اليوم أو أعتقه أو باعه ، أو وهبه وقبضه الموهوب له ثم جاء الغد : يعتق الثانى ، فإن قال المولى قبل مجيء الغد "اخترت أن يقع العتق إذا جاء غد على هذا العبد بعينه " كان باطلا ، **وفى الجامع** أيضا : إذا قال الرجل لعبدين له " إذا جاء غد فأحدكما حر " ثم باع أحدهما ثم اشتراه قبل مجيء الغد ثم جاء الغد : عتق أحدهما والبيان إليه ، ولو باع أحدهما ثم اشتراه قبل مجيء الغد ثم باع الآخر ولم يشتره حتى جاء الغد عتق الذى فى ملكه عند مجيء الغد ولاتبطل اليمين بالبيع ، ولو باع نصف أحدهما ثم جاء الغد : عتق الكل ، ولو باع نصف كل واحد منهما ثم جاء الغد : عتق أحدهما والبيان إليه ، **وفى البقالى :** إذا قال "هذا حر هذا " عتقا ، ولو قال " هذا هذا حر": عتق الثانى ، ولو قال " هذا حر هذا إن دخل الدار " عتق الأول فى الحال والثانى عند الشرط ، ولوقال " هذا حر إن دخل الدار وهذا حر إن كلم فلانا " فكما قال يعتق الأول إذا دخل الدار ويعتق الثانى إذا كلم فلانا ، ولو قال "أحدكما حرّ إن شاء " ثم قال ' أحدكما حر " فشاء أحدهما: عتقا .

٨٥٦٧ :- وإذا جمع بين عبده وبين من لا يقع العتق عليه كالبهيمة ،

وفـی التـفريد : أو الـحـائـط أو الميت ، م : فـقـال " عبـدی حـر أو هذا " أو قال " أحـدكـما حرّ " : عتق عبده عند أبی حنيفة رحمه اللّٰه ، وقالا : لا يعتق عبده ، هكذا ذكـر فـی بعض المواضع ، وذكر فی بعض المواضع قول أبی يوسف مع أبی حنيفة رحـمـه اللّٰه ، وذكـر محمد رحمه اللّٰه فی عتاق الأصل : إذا قال " أحد عبيدی حر " ولا يـعـلـم له إلا عبد واحد : عتق عبده ، وهذا بخلاف ما إذا جمع بين عبده وعبد غيـره ، وروی ابـن سـمـاعة عن محمد إذا جمع بين عبده وبين مالا يقع العتق عليه وقال "هذا حر أوهذا " : لا يعتق عبده ، ولو قال " أحدكما حر " يعتق عبده .

٨٥٦٨ :– وفی الخانية : رجـل قـال لأمته الحامل فی صحته" أنت حرة أو مـا فـی بـطنك " فولدت من الغد غلاما ميتا استبان خلقه : عتقت الجارية فی قياس قـول أبـی حـنيـفة رحـمه اللّٰه ، ولو لـم تلد حتی ضرب إنسان بطنها فألقت من الغد جـنينا ميتا استبان خلقه : فهو بالخيار إن شاء أعتق الأمة ويعتق الجنين بعتقها ، وإن لـم تكـن حاملا عتقت الجارية .

٨٥٦٩ :– وفی الخلاصة : عـن أبـی يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال ثـلاث مـرات " أحـد عبيدی حر " : عتقوا ، ولو قال " أحدكم حر " وكرر الثالث : عتق واحد منهم .

٨٥٧٠ :– وفی شرح الطحاوی : ولو جمع بين عبد ومدبر فقال "أحدكما مـدبـر " فـإنـه يـلغو لفظه ، ولو جمع بين عبدين ومدبر فقال " اثنان منكم مدبران " يـصـرف أحـد الـمـدبـريـن إلـی الإخبار ويصير أحد العبدين مدبرا كأنه قال " أحد الـعبـديـن مـدبـر " فيؤمر بالبيان ، وإن مات قبل البيان أثبت ملك الرقبة بين العبدين نـصـفيـن ، وهـذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال " اثنان منكم حران " يصرف أحـدهـما إلی الخبر والآخر إلی الإعمال فيعتق أحد العبدين لا غير كأنه قال " أحد العبدين حر" فيؤمر بالبيان ، فإن مات قبل البيان عتق من كل واحد نصفة .

٨٥٧١ :– وفـی جـامع الجوامع : قـال لـمـدبـرين " أحدكما حر " فخرج واحـد ودخل عبد فقال " أحدكما مدبر فی الصحة والقيمة سواء " فمات ولا مال لـه : فالخارج عتق كله والباقيان بحالهما أحدكما مدبروأحد الباقين حر فمن العبد

عتق نصفة من الجميع هكذا ربع كل واحد وثلاثة أرباعهما بين الثلاث .

٨٥٧٢ :- وفى جامع الجوامع : العبد بين ستة أعتق ودبر وكاتب وباع الرابع نصيبه بالخياروالخامس زوج نصيبه ، والسادس وهب من ابنه الصغير ولايعلم الأول فالعتق والتدبير جائزان والمدبر بالخيار إن شاء استسعى العبد فى السدس أو ضمن المعتق إن علم أن التدبير أول وإلا نصفه فليرجع على الغلام ، أما البيع إن تصادق البائع والمشترى أنه قبل العتق والتدبير فالمشترى إن شاء أخذ ورد بعيب العتق .

٨٥٧٣ :- وفى شرح الطحاوى : ومن قال لعبده " أنت حر أو مدبر " فإنه يؤمر بالبيان فإن قال " عنيت به الحرية " : يعتق ، وإن قال عنيت به التدبير " : صار مدبرا ، وإن مات قبل البيان عتق نصفه مجانا من جميع المال ونصفه بالتدبير من الثلث إن خرج عتق ، وإن لم يكن له مال غيره ثلث النصف مجانا ويسعى فى ثلثى النصف ، ولو كانا عبدين فقال " أحدكما حرأو مدبر " ومات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول فى الصحة : عتق ربع كل واحد منهما مجانا من جميع المال وربع كل واحد بالتدبير من الثلث ويسعى كل واحد فى نصف قيمته على كل حال ، ولو قال " أنتما حران أو مدبران ، والمسألة بحالها : عتق نصف كل واحد بالعتق الثابت ونصف كل واحد بالتدبير ، هذا إذا كان القول فى الصحة ، وإن كان القول فى المرض يعتبر ذلك من الثلث .

٨٥٧٤ :- وإذا كان لرجل ثلاثة أعبد فقال لواحد " أنت حر أو هذا وهذا": عتق الثالث ووقع الشك بين الأول والثانى فيؤمر بالبيان ، ولو قال " أنت حروهذا أو هذا " : عتق الأول ووقع الشك بين الثانى والثالث فيؤمر بالبيان ، **وفى التجريد :** قال أبو يوسف رحمه الله فى عبدين بين رجلين قال أحدهما "أحدكما حر " وهو فقير ثم استغنى ثم اختار إيقاع العتق ضمن نصف قيمته يوم البيان ، وكذلك لو مات قبل أن يختار ضمن ربع قيمته كل واحد منهما ، وقال محمد : تعتبر القيمة يوم التكلم بالعتق ، ولو قال أحدهما " إن دخلت الدار فأنت حر" فالمعتبر فى قيمته فى حق المعتق فى اليسار والإعسار يوم الدخول ، **م :** ولو جمع بين أمة حية وبين ميتة فقال " إحداكما حرة " لا تعتق الحية .

الفصل الخامس في إعتاق بعض الرقيق

٨٥٧٥ :- وإذا أعتق بعض العبد بأن أعتق نصفه أو ثلثه أو ربعه فهذا على وجهين : إما أن كان العبد كله له ، أو كان العبد مشتركا بينه وبين غيره ، فإن كان العبد كله له فعلى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه تعتق قدر ما أعتقه ويبقى الباقى رقيقا إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه ، **وفى المنافع :** والمراد بقوله " يعتق " أى يزول الملك عن ذلك البعض ولم يرد حقيقة العتق وإنما أراد به ثبوت أثره وهو زوال الملك ، وقد نص **فى المبسوط :** أنه لا يعتق شىء منه ، **م :** وقال أبويوسف ومحمد رحمه اللّٰه: يعتق كله ولا سبيل له على العبد ، **وفى الكافى :** وهو قول الشافعى ، **وفى الزاد :** والصحيح قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، **وفى المنافع :** والمراد بقوله" يعتق كله " أى سيعتق كله بإخراج الباقى إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه .

٨٥٧٦ :- وفى شرح الطحاوى : ثم السعاية إذا وجبت على العبد فصالحه المولى على عروض أو حيوان فإنه يجوز والأصل أن كل ما جازت الكتابة عليه جاز الصلح عن السعاية عليه سواء كان عينًا أو دينا ، ثم هاهنا إذا صالحه على شىء بعينه جاز وإن كان قيمته أضعاف السعاية ولو صالحه على الدراهم والدنانير أضعاف السعاية فإن الفضل لا يجوز إلا إذا كان مقدار ما يتغابن الناس فإنه يجوز ، ولو صالحه على حيوان إلى أجل جاز ، **وفى التجريد :** الأصل فى هذا الباب أن الإعتاق على قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه تعالىٰ يتجزى فى حالة اليسار والإعسار ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه تعالىٰ : لا يتبعض فى الحالتين ، فمتى أعتق بعضه عتق جميعه ، وقال الشافعى رحمه اللّٰه تعالىٰ : إن كان موسرا لا يتجزى ،

٨٥٧٥ :- تقدم تخريج المسألة عن البيهقى وأحمد والطبرانى فانظر التفصيل تحت رقم المسألة : ٨٤٥٦ .

وإن كان معسرا يتجزى حتى لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو معسر بقى النصف الآخر على ملك مالكه يتصرف فيه كما يتصرف من قبل ولا يرى التخريج إلى الحرية بالسعاية .

٨٥٧٧ :- م : وإن كان العبد مشتركا بينه وبين غيره فأعتق نصيبه فعلى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه تعتق نصيبه لا غير، سواء كان المعتق موسرا أو معسرا ، إلا أنه إن كان موسرا فللساكت فى نصيبه خيارات ثلاثة : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد فى نصيبه ، وإن كان معسرا فله خياران : إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد فى نصيبه ، ومتى أعتق أو استسعى فالولاء بينهما نصفان ، وإذا ضمن المعتق بأن كان المعتق موسرا يرجع المعتق بما ضمن على العبد عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، **وفى الهداية :** وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا ، **وفى السغناقى :** بخلاف العبد المرهون فإنه إذا سعى يرجع على الراهن ، **وفى المنتقى :** إذا اختار الساكت تضمين المعتق ورضى به المعتق فله أن يستسعى العبد فى ذلك قبل أن يؤدى ، وإذا أخذ المعتق ذلك من العبد كان الولاء كله له ، وعلى قول أبو يوسف عتق كل العبد فى الحالين ، إلا أن المعتق إن كان موسرا ضمن قيمة نصيب الساكت ، وإن كان معسرا فالعبد يسعى فى نصيب الساكت والولاء كله للمعتق فى الحالين ، **وفى التفريد :** وعند زفر عتق بقدر ما أعتق وبقى الباقى رقيقا .

٨٥٧٨ :- وفى الظهيرية : وإن كان بين اثنين عبدان قيمة أحدهما ألف

٨٥٧٧ :- أخرج البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى اللّٰه عليه وسلم قال : من أعتق نصيباً ، أوقال : شقيصاً فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله إن كان له مال ، وإلا قوّم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه ، صحيح البخارى ، العتق ، باب إذا أعتق نصيباً فى عبد الخ ٣٤٣/١، برقم ٢٤٥٨ ، ف ٢٥٢٦، ٢٥٢٧ .

وأخرج مسلم فانظر صحيح مسلم ، العتق ، باب ذكر سعاية العبد ، ٤٩٢/١ ، برقم ١٥٠٣.

وقيمه الآخر ألفان أعتقهماأحدهما وعند المعتق ألف درهم فهو معسر ، رواه ابن رستم عن محمد ، ولو كان عنده أقل من ألف ضمن أقلهما قيمة ، ولو كان بين اثنين غلام قيمته ألف وبينه وبين الآخر غلام قيمته خمسمائة أعتقهما وله خمسمائة فهو معسر ، ولو كان له أقل من خمسمائة فهو موسر .

٨٥٧٩ :- وفى الحجة : والمستسعى على ضربين : كل من يسعى لتخليص رقبته فهو فى حكم المكاتب عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ،ومن يسعى فى بدل رقبته الذى لزمه بالعتق أو فى قيمه رقبته لأجل بدل شرط عليه أو لدين يثبت فى رقبته فهو بمنزلة الحر فى الأحكام نحو : العبد المرهون يعتقه الراهن وهو معسر ، والعبد المأذون إذا أعتق وعليه دين ، والأمة يعتقها سيدها على أن تتزوجه ثم أبت فإنها تسعى بقيمتها وهى بمنزلة الحرة ، وكذلك لو قال لعبده " أنت حر على قيمة رقبتك " فهو بمنزلة الحر ، ولو أبرأ المولى المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه أن يؤدى الكتابة؛ لأن هبة الدين ممن عليه الدين يصح من غير القبول ويرتد بالرد وكذا الإبراء ، فإذا أبرأ صح فحصل العتق ، فإذا رد صار البدل دينا عليه فهوحر .

٨٥٨٠ :- ومعتق البعض بمنزلة المكاتب حتى يؤدى السعاية لا يرث ولا يورث ولا يجوز شهادته ولا يتزوج إلا ثنتين إلا أنه إذا عجز عن السعاية فحينئذ لا يرد إلى الرق بخلاف المكاتب فإنه إذا عجز عن أداء مال الكتابة يرد إلى الرق ، **وفى الولوالجية :** وكذا لو كان عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق أحد الباقيين نصيبه فللساكت أن يضمن المعتق الأول، وليس له أن يضمن الثانى بما ضمن ويخير فيه بين الإعتاق والسعاية ؛ وعندهما يعتق العبد كله ، **وفى شرح الطحاوى :** هذا كله إذا تصرف فى نصيب نفسه وهو أن يقول " نصيبه منك حر" أو قال " نصفك حر " أو قال " أنت حر " ، ولو قال " نصيب صاحبى منك حر " فإنه لا يعتق بالإجماع .

٨٥٨١ :- م : ولهذه المسألة فروع **من جملتها** معرفة قدر اليسار فى ضمان الإعتاق ، فالمروى فيه عن محمد أن إذا كان مالكا مقدار قيمة نصيب الساكت من المال سوى ملبسه وقوت يومه فهو موسر ، وعليه عامة المشايخ ،

وفـى شـرح الطحاوى : وإن كـان أقـل مـن ذلك فإنه لا يضمن ، **وفـى الخلاصة :** وتـعتبـر القيمة يوم الإعتاق ، **م :** ومـن الـمشـايـخ مـن اعتبـر يسارا محرما للصدقة وبـنحوه روى عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه، فقد روى الحسن بن زياد أنه قال : الموسر الذى له نصف القيمة ، **وفى الذخيرة :** الموسر الذى له شيء يساوى نصف القيمة ، **م :** سوى المنزل والخادم وأمتعة البيت وثياب جسده ، والصحيح ما روى عن محمد .

٨٥٨٢ :– ومـن جملة ذلك مـا روى عـن أبـى يـوسف أن المعتق إذا كان معسرا فوجبت السعاية فلم يسع فهو بمنزلة حر عليه دين إلى أن يقضيه والحكم فى حـر هـذا حـالـه أنه إن كان ممن يعمل بيده أو له عمل معروف أنه يؤاجر من رجل رجـل ويـؤخـذ أجره فيقضى به دينه فهاهنا كذلك ، وإذا كان العبد صغيرا والمعتق مـعسـرا فـأراد الآخـر أن يـؤاجـره وأن الـغلام يعقل ورضى بذلك : جاز عليه وكان الأجر للذى لم يعتق قضاء من حقه .

٨٥٨٣ :– ومن جملة ذلك أن قيـمة الـعبـد فى الضمان والسعاية تعتبر يوم الإعتـاق ، ومن جملة ذلك أن حال المعتق فى اليسار والإعسار يعتبر يوم الإعتاق ، فـإذا كـان مـوسـرا وقت الإعتاق وجب الضمان لوجود السبب وهو أنه موسر ولا يسـقـط بالإعسار الطارى ، وإذا كان معسرا وقت الإعتاق ثم أيسر من بعده فالإعتاق حـال وجـوده لم ينعقد موجبا للضمان فلايجب الضمان بعد ذلك ، **وفى السغناقى :** وإن قـال " أعتـقـت وأنـا معسر" وقال الساكت بخلافه : ينظر إليه يوم ظهر العتق ، كما فى الإجارة إذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه .

٨٥٨٤ :– م : ومـن جملة ذلك أنـه إذا اختـار السـاكـت ضمان المعتق إذا كـان الـمعتـق مـوسرا ، ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويستسعى العبد : فله ذلك مالم يـقبـل الـمعتق الضمان أو يحكم به الحاكم ، وهذه رواية ابن سماعة عن محمد : وذكر **فى الأصل :** إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية من غير تفصيل ، ولو اختار استسعاء العبد لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك رضى العبد بالسعاية أو لـم يـرض بـاتـفاق الروايات ، وهذا إنما يتأتى على قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، أما على قـول أبـى يـوسف ومـحمد رحمهما اللّٰه للساكت الضمان إذا كان المعتق موسرا

ليس له غير ذلك ، وله السعاية إذا كان المعتق معسرا ليس له غير ذلك ؛ فمن مشايختا من قال : ما ذكر فی الأصل محمول علی تفصيل ابن سماعة ، وكان الفقيه أبو بكر الرازی يقول فی الغاصب مع غاصب الغاصب إذا اختار المالك تضمين أحدهما فقبل الرضاء والقضاء أراد أن يرجع عن ذلك ويضمن الآخر : كان له ذلك ، بخلاف ما إذا اختار استسعاء العبد ، ومن المشايخ من قال : فی المسألة روايتان .

٨٥٨٥ :- ومن جملة ذلك إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا والمعتق موسر فأراد تضمين المعتق فله ذلك فی المشهور عن أبی حنيفة رحمه الله، **وفی الخلاصة :** وهو قولهما ، **م :** وروی عنه فی غير رواية الاصول أنه ليس له ذلك ، **وفی السغناقی :** ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب علی عوض فالقياس أن يجوز كالتضمين ، وفی الاستحسان لا .

٨٥٨٦ :- م : وذكر شيخ الإسلام فی شرحه : إذا مات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد العتق فللساكت تضمين العتق بلا خلاف ، وهل له أن يأخذ السعاية من كسب العبد ؟ اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : له ذلك ، وإليه مال الحاكم أبو نصر ، وعامة المشايخ علی أنه ليس له ذلك ، وإليه أشار محمد فی الأصل ، هذا إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا والمعتق موسر ، أما إذا كان المعتق معسرا وباقی المسألة بحالها فللساكت أن يأخذ السعاية من كسب العبد إن ترك العبد كسبا اكتسبه بعد العتق بلا خلاف ، وإن لم يترك العبد كسبا اكتسبه بعد العتق بقيت السعاية دينا علی العبد إلی أن يظهر له مال أو يتبرع منه متبرع بأداء ما عليه أو يبرئه الساكت وإن كان العبد قد ترك مالاً اكتسب بعده قبل العتق بعضه بعد العتق ، فما كان اكتسب قبل العتق فهو بين المولیين ، وما كان اكتسبه بعد العتق فهو للعبد ، وإن كان لا يعلم متی اكتسب : فهو بمنزلة مالوا كتسبه بعد العتق .

٨٥٨٧ :- ومن جملة ذلك أن الشريك الساكت إذا مات فلورثته ما كان له من العتق والسعاية وتضمين المعتق إن كان موسرا عند أبی حنيفة رحمه الله ، يختارون أی ذلك شاؤا ، **ومن جملة** ذلك إذا كان العبد بين جماعة أعتق أحدهم نصيبه واختار بعض الساكتين السعاية فی نصيبهم وبعضهم الإعتاق وبعضهم

الـضـمـان : فـلـكـل واحد ما اختار فى نصيبه عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وإن مات بـعـض السـاكتيـن بـعـد ذلك ووقع الاختلاف بين ورثتهم فاختار بعضهم الضمان وبـعـضهـم السـعـاية وبعضهم الإعتاق : روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه أنه ليـس لـلورثة إلا أن يضمنوا جميعا أو يعتقوا أو يختاروا السعاية ، وروى محمد عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه أن لهم ذلك ، **وفى التجريد :** قـال الحسن : فإن أعتق بعضهم كان العتق باطلا إلا أن يجمعوا على العتق ، فإذا أجمعوا عتق على الميت والولاء له حتى انتقل إلى الذكور دون الإناث ، ولو اختار الذى لم يعتق ضمان العتق ، ثم أراد أن يـرجـع عـن ذلك فـله ذلك مالم يقبل الذى أعتق الضمان أو يحكم به الحاكم ، وهـذه رواية ابـن سماعة ، وذكر فى الأصل أنه إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السـعـاية مـن غيـر تـفصيل ، ولو اختار السعاية لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك رضـى الـعبـد أم لا فـى الرواتين جميعا ، ولو مات العبد قبل أن يختار الذى لم يعتق شيئا فله أن يضمن المعتق فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وفى رواية أخرى ليس له أن يضمنه، وعندهما الضمان واجب على سبيل التحريم .

٨٥٨٨ :- م : ومـن جملة ذلك أن الـمـعتـق مع الساكت إذا اختلف فى قيـمة الـعبـد يـوم الإعتاق فهذه المسألة على وجوه : **أما إن** اتـفـقا على أن العتق حـصـل فى الحال ولكن اختلفا فى قيمته فى الحال ، وأنه على وجهين : إن كان الـعبـد قـائـما لا يلتفت إلى قولهما ولكن يقوم العبد للحال ويقضى على المعتق بنصف قيمته للحال ، وإن كان العبد هالكا فالقول قول المعتق ، **والوجه الثانى :** إذا اتـفـقا على أن الإعتاق كان قبل هذا الوقت بأيام واختلفا فى مقدار قيمته يوم الإعتـاق ، ذكـر شيـخ الإسـلام فـى شرحه أن القول قول المعتق سواء كان العبد قـائـمـا أو هـالـكا ، وكتب فى شرح الميزان : إن كانت المدة من وقت الإعتاق قـريبة يـنظر إلى العبد فيعرف قيمته من من حاله ، وإن كانت المدة بعيدة فالقول قـول الـمعتق ولا يحكم الحال ، **والـوجه الثالث :** إذا اختـلـفا فى وقت الإعتاق وقيمته فقال المعتق " أعتقته قبل هذه السنة وكانت قيمته يوم أعتقته مائة " وقال السـاكـت " لا بـل أعتـقتـه فى الحال وقيمته فى الحال ألف درهم " فهذا وما لو

تصادقا أن العتق حصل فى الحال سواء ، والجواب فيما إذا وقع الاختلاف فى حال المعتق يوم الإعتاق فى اليسار والإعسار نظير الجواب فيما إذا وقع الاختلاف فى قيمة العبد ، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرحه ، **وفى المنتقى :** أنه ينظر إلى حال المعتق يوم الخصومة : فإن كان موسرا ضمن ، وإن كان معسرا سعى العبد ، وكتب فى الميزان : إن كانت المدة قريبة يحكم بالحال ، وإن كانت بعيدة يجعل القول قول المعتق ؛ لأنه ينكر حق الرجوع بالتضمين عليه ؛ فالجواب فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمعتق فى قيمة العبد ، هكذا ذكر شيخ الإسلام أيضا .

٨٥٨٩ :- ومن جملة ذلك إذا صالح الساكت المعتق فإنه على وجهين : أما **إن** صالح على أقل من نصف قيمة العبد دراهم أو دنانير فإنه جائز ، **والوجه** الثانى إذا صالحه على أكثر من نصف قيمة العبد دراهم أو دنانير وإنه على وجهين : إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس فى مثلها يجوز ، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها فالزيادة على نصف القيمة باطلة ؛ وإن كان الصلح على عرض هو أكثر من نصف قيمة العبد جاز .

٨٥٩٠ :- ومن جملة ذلك أن المعتق إذا كان مريضا مرض الموت وهو موسر فمات ، يسقط ضمان العتق، ولا يستوفى ذلك من تركته بل يسعى العبد للمولى عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وعندهما لا يسقط ضمان العتق بل يستوفى ذلك من تركته ، **وفى المضمرات :** وإن كان صحيحا ثم ما موسرا يؤخذ الضمان من تركته ، **وفى الخلاصة :** المعتق إذا مات موسرا لايستوفى ضمان العتق من تركته بل يسعى العبد عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، أطلق الجواب فى المريض والصحيح .

٨٥٩١ :- م : وإذا كان العبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، ثم إن الآخر باع نصيبه من الذى أعتق، أو وهبه على عوض أخذه منه : ذكر محمد فى الأصل أن هذا واختيار الضمان فى القياس سواء غير أن هذا أقبحهما وأفحشهما ، وفى الاستحسان لا يجوز البيع ، وقالوا يجب أن يكون بيع المغصوب من الغاصب بعد الهلاك على هذا القياس يجوز ، وفى الاستحسان لايجوز .

٨٥٩٢ :- وفى الينابيع : باع نصف عبده من ذى رحم محرم منه حتى عتق

نصيب المشترى لم يضمن البائع شيئا عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه خلافا لهما ، سواء علم المشترى وشريكه أن العبد قريبه أو لم يعلما فى ظاهر الرواية ، وروى بشر عن أبى يوسف رحمه اللّٰه إن كان الأجنبى يعرف ذلك عتق العبد ويسعى للأجنبى فى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه وأبى يوسف ، وإن كان لا يعلم فهو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء تم عليه ؛ وقال أبو يوسف : لواشترى العبد نفسه مع الأجنبى من مولاء فالبيع فى حصة الأجنبى باطل ، ولو اشترى نصف ابنه من رجل أو وهب منه عتق نصيبه ولا ضمان عليه علم بأن شريكه قريب العبد أو لم يعلم وإن كان موسرا ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه تعالىٰ : ضمن نصف قيمته إن كان موسرا، وسعى العبد فى نصف قيمته إن كان معسرا .

٨٥٩٣ :- م : وإذا كان العبد بين اثنين أحدهما صغير والآخر كبير فأعتقه الكبير وهو موسر: فليس للصبى فى هذا قول لا فى العتق ولا فى التصمين ولا فى اختيار السعاية ، يريد بقوله " لاقول للصبى فى هذا " أن هذه التصرفات لا تصح من الصبى وأنه ظاهر ، فبعد ذلك ينظر : إن كان له أب كان لأبيه الخيار إن شاء ضمن المعتق وإن شاء استسعى العبد ، ووصى الأب فى هذا بمنزلة الأب ؛ وإن لم يكن للصبى أب ولا وصى الأب وله وصى الأم وكان العبد مما ورثه الصغير من الأم لم يذكر محمد هذا الفصل فى الكتاب ، وقد حكى عن الحاكم أبى محمد أنه قال : سألت أستاذى الفقيه أبى بكر البلخى عن ذلك ، فقال : إذا كان له وصى الأم وليس له وصى غيره فله أن يضمن المعتق ؛ وإن لم يكن له واحد من هؤلاء يستوفى به ببلوغه للخيار إما الضمان أو الإعتاق أوالاستسعاء ، قيل هذا فى موضع لا قاضى فيه ، أما إذا كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى قيما حتى يختار التضمين أو السعاية .

٨٥٩٤ :- وإذا كان العبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ثم أن الآخر دبره فالتدبير جائز ، وإذا صح التدبير برئ المعتق من الضمان وكان إقدامه على التدبير إبراء للمعتق ، هذا إذا كان التدبير لا حقا ، أما إذا كان التدبير سابقا ثم ورد العتق بعد ذلك فإن المدبر على خياره : إن شاء استسعى العبد فى نصيبه مدبرا ،

وإن شاء ضمن المعتق نصيبه مدبرا ، وإن كان ذلك منهما جميعا ولا يعلم أيهما أول فإنه ينبغي بالقياس أن لا يضمن المعتق شيئا وإن كان موسرا حتى يعلم أنه أعتق بعد التدبير ، وفى الاستحسان أن يضمن المعتق ربع قيمته مدبرا .

٨٥٩٥ :- وفى الإسبيجابى : عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر والثالث لم يعتق ولم يدبر : فللثالث أن يضمن الذى دبره ثلث قيمته فيما إن كان موسرا ، وإن شاء استسعى العبد فى ثلثى قيمته ، وإن كان المدبر معسرا فله أن يستسعى العبد، وليس له أن يضمن المدبر ، وإن أراد أن يضمن المعتق ليس له ذلك ، وأما المدبر فى نصيب نفسه بالخيار إن شاء ضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا إن كان موسرا وإن شاء استسعى العبد ، وإن كان معسرا استسعى العبد فى ثلث قيمته مدبرا ، وأما الثلث الذى ضمن ليس له أن يرجع على المعتق ولكن يستسعى العبد ، وليس للمعتق أن يضمن المدبر فى الأحوال كلها ، وإن اختار الثالث تضمين المدبر يكون الولاء أثلاثا، ثلثا الولاء للمدبر والثلث للمعتق ، وإن اختار سعاية كان الولاء بينهم أثلاثا ، وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وأما قول أبى يوسف ومحمد رحمه اللّٰه لما دبر أحدهم صار كله مدبرا وعتق الثانى باطل ، ويضمن المدبر ثلثى قيمته للشريكين بينهما نصفان موسرا كان أومعسرا .

٨٥٩٦ :- وفى جامع الجوامع : وإن كان معسرا أعتق أحدهم ودبر الثانى وكاتب الثالث ولا يعلم الأول : فالعتق والتدبير جائزان ويسعى المدبر فى السدس وضمنه المعتق السدس مدبرا إن كان موسرا ويسعى فى الكتابة إن أدى عتق ، **وفى الينابيع :** وإن عجز فالذى كاتبه بالخيار إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه وإن شاء ضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه بينهما نصفين ، **وفى جامع الجوامع :** ولو فعلوا معا لا رجوع لأحد لتصرفه فى ملكه .

٨٥٩٧ :- وفى الظهيرية : إذا كان العبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وأراد الساكت أن يضمن شريكه نصف نصيبه ويستسعى العبد فى النصف الآخر هل له ذلك ؟ قال الفقيه أبو الليث رحمه اللّٰه : لا رواية فى هذه المسألة، ولقائل أن يقول " له ذلك " ولقائل أن يقول " ليس له ذلك " ولكل وجه .

الفصل السادس في عتق ما في البطن

٨٥٩٨ :- قال محمد رحمه الله : إذا قال الرجل لجاريتة " كل ولد تلدينه فهو حر " فهذا على كل ولد تلده ولا يعتق شيء من الأولاد قبل الولادة ، لأن الولادة شرط وقوع العتق كالدخول في قوله " كل امرأة تدخل الدار طالق " حتى لو ضرب ضارب ببطن هذه الجارية فألقت جنينا ميتا كان على الضارب نصف عشر قيمته إن كان غلاما ، وعشر قيمته إن كان جارية ؛ ولو مات المولى وهي حامل فولدت بعد ذلك لا يعتق الولد ، وكذا لو باعها المولى وهي حامل فولدت عند المشترى لا يعتق الولد .

٨٥٩٩ :- وفي الحجة : إذا قال لأمته " كل ولد تلدينه في ملكي فهو حر " فهذا صحيح ، فإن ولدت في ملكه عتق ، وإن ولدت في غير ملكه لم يعتق ، **وفي جامع الجوامع :** وينحل اليمين لا إلى جزاء ، **الحجة:** ولو أضاف الولادة إلى الملك فقال " كل ولد تلدينه في ملكي فهو حر " فهذا صحيح سواء كانت الجارية في ملكه أم لا ، **وفي الخلاصة :** حتى لو ولدت في ملكه يعتق .

٨٦٠٠ :- ولو قال " كل ولد تحبلين به أو تحملين به فهو حر " فكلما حبلت يعتق الولد ولا يشترط الولادة هاهنا ، وإنما يعلم حدوث الحبل بعد اليمين إذا ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين ، وإن ولدت لسنتين أو أقل فإنه لا يعتق الولد ؛ وإن ضرب بطن هذه الجارية فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب أرش جنين حر إذا جاء لأكثر من سنتين ، وإن جاء ت بولد لسنتين من وقت اليمين فعلى الضارب أرش جنين قن ؛ ولو باعها المولى فولدت عند المشترى فهذه المسألة على وجهين : **الأول:** إذا ولدت عند المشترى لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء ، فإنه على وجهين أيضا : إن ولدت لأكثر من سنتين من وقت اليمين فالبيع جائز ، **الوجه الثاني:** إذا جاء ت بالولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الشراء ففي هذا الوجه البيع جائز سواء جاء ت بالولد لأكثر من سنتين من وقت اليمين أو أقل ، والجواب

فيما إذا مات المولى وتركها كالجواب فيما إذا باعها المولى .

٨٦٠١ :– م : إذا قال لأمته " مافى بطنك حر " فولدت ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت هذه المقالة يعتق ، **وفى جامع الجوامع :** مستندا ، **م :** ولو ولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من قوت هذه المقالة لا يعتق ، فإن ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر بعده بستة أشهر من هذه المقالة إلا أن المدة متخللة بين الولادتين عتقا جميعا .

٨٦٠٢ :– إذا قال الرجل لأمته " إن كنت حبلى فأنت حرة " فولدت ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت هذه المقالة فالجارية حرة وولدها حر " وإن ولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من وقت هذه المقالة لا تعتق الجارية وكذا الولد ؛ وإن ضرب ضارب بطن هذه الجارية بعد هذه المقالة لأقل من ستة أشهر فألقت ميتا فعلى الضارب إرش جنين حر ، وإن كان الضرب بعد هذه المقالة لأكثر من ستة أشهر فعلى الضارب أرش جنين قن ؛ ولو وقع حيا ثم مات : كان فيه الدية كاملة .

٨٦٠٣ :– وإذا قال الرجل لأمته " إن كان أول ولد تلدينه غلاما ثم جارية فأنت حرة ، وإن كانت جارية ثم غلاما الغلام حر " فولدت غلاما وجارية فى بطن ولا يعلم أيهما أول : عتق نصف الأم وسعت فى نصف قيمتها؛ لأنها تعتق فى حال وترق فى حال ، وعتق نصف الغلام أيضا ويسعى فى نصف قيمته لهذا المعنى والجارية رقيقة .

٨٦٠٤ :– وفى الهداية : ومن قال لأمته " إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة " فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا : عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد ، وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه ، **وفى الكافى :** ويحلف على علمه ، **الهداية :** فإن حلف

٨٦٠٤ :– قول المصنف : " وفى شرح الطحاوى : ولوقال لأمته الخ " أخرج عبد الرزاق عن الثورى قال فى رجل قال لأمته : أول غلام تلدينه فهو حرّ، فولدته ميتاً ، فليس شيء حتى تلد بطناً آخر ، فإن ولدت غلاما فهو حرّ ، فإن شاء باع هذه التى لها الشرط ، لا تقع العتاقة على الموتیٰ ، مصنف عبد الرزاق ، المدبر ، باب العتق بالشرط ٩/١٧٠، برقم ١٦٧٩٣ .

لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية ؛ ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها : عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية ، ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة : عتقت الجارية بنكول المولى دون الأم والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، **وفى السغناقى :** وقال فى المبسوط وذكر محمد رحمه اللّٰه تعالىٰ فى الكيسانيات : هذا الجواب الذى يعنى قوله "يعتق نصف الأم ونصف الجارية" ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى " باللّٰه ما أعلم أنها ولدت الغلام أو لا " ، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره ، فإن حلف فهم أرقاء ؛ فأما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما إذا قال المولى لأمته " إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وإن كانت جارية فهى حرة " فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول، فالغلام رقيق والجارية حرة ويعتق نصف الأم ، وما ذكر فى الكيسانيات هوا لصحيح ، **وفى شرح الطحاوى :** ولو قال لأمته " أول ولد تلدينه فهو حر " أوقال " إذا ولدت ولدا فهو حر " أوقال " متى ولدت ولدا فهوحر " فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا : يعتق الحى عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه لا يعتق ، ولو قال لها " إذا ولدت ولدا فأنت حرة " فولدت ولدا ميتا عتقت .

٨٦٠٥ :- ولو قال لجارية " إذا ولدت غلاما ثم جارية فأنت حرة وإن ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر" فولدت غلاما وجارية : فإن كان الغلام أولا عتقت الأم دون الغلام والجارية ، وإن كانت الجارية أوّلا عتق الغلام ورقت الجارية والأم ، ولو اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه ، وإن اتفقا أنهما لا يدريان أى ذلك كان أولا فالجارية رقيقة أما الغلام والأم فيعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته ، ولو ولدت غلامين وجاريتين : فإن ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الأم والجارية الثانية ورق الغلامان والجارية الأولى ، وإن ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما : عتقت الأم والغلام الثانى والجارية الثانية

وإن ولـدت جـاريتيـن ثـم غـلاميـن : عتق الغلام الأول لا غير ، وكذلك إذا ولدت جـارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما : عتق الغلام الأول لاغير ؛ ولو اختلفوا فى ذلك فـالـقول قول المولى مع يمينه على علمه ، وإن اتفقوا أنهم لا يعلمون أيهم أول فإنه يعتق من كل واحد من الأولاد ربعه وأما الأم فتعتق منها نصفها وتسعى فى نصف قيمتها .

٨٦٠٦ :- وإذا قـال لها " أول ولد تلدينه فهو حر " فجاء ت بالولد وقالت " ولـدت هـذا " فـأنـكـر الـمـولـى ذلك : الـقياس أن لا تصدق ، وفى الاستحسان تصدق، وبالقياس نأخذ ؛ وإن جاء ت بامرأة فشهدت على الولادة فإن الولادة عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه لا تثبت حتى لا يقع العتق ، ولو كان المولى مقرا بالحبل فقال لهـا " إذا ولـدت ولـدا فـأنـت حرة " فقالت " ولدت " وأنكر المولى فإنها تصدق وتثبـت الولادة بمجرد قولها وتعتق عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه وعلى قولهما لا تعتق مالم تشهد القابلة ، والخلاف فى هذا نظير الخلاف فى الطلاق .

٨٦٠٧ :- وإذا قـال الـرجـل لأمتيـن لـه " ما فى بطن إحدكما حر " فله أن يـوقع العتق على أيهما شاء كما بعد انفصال ، وإذا قال " ما فى بطن إحداكما حر" فـضـرب بـطـن إحـداهما رجل فألقت جنينا ميتا لأقل من ستة أشهر منذ تكلم فهو رقيـق ويتـعين الآخر للعتق كما بعد الانفصال ، ولو ضرب رجلان كل واحد منهما بـطـن إحـداهـمـا فألقت كل واحدة منهما جنينا ميتا لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بـالـعتـق كـان فـى كـل واحـد مـنهـما مثل ما فى جنين الأمة كما بعد الانفصال ، فالحاصل أن الجنين فى قبول الإعتاق والمنفصل سواء .

٨٦٠٨ :- وفـى جامع الجوامع : أوصـى بـمـا فى البطن لرجل فأعتقه بعد موته : جاز وله الولاء ، ولو قال " أول المضغة التى فى بطنك حر" فولدت ولدين

٨٦٠٨ :- قـول الـمصنف : " وفـى التهـذيـب : وإن أعتـق جـارية حاملاً الخ " أخرج البيهـقـى عـن الحسن فى رجل قال لأمة : أنت حرة إلّا مافى بطنك ، قالا : هى ومافى بطنها حرّ ، وليس له استثناء ، وقال معمر : حدثنى من سأل الحكم فقال مثل ذلك ، السنن الكبرىٰ للبيهقى ، العتق ، باب ماجاء فيمن أعتق جارية حبلىٰ أو أعتق حملها ، ١٥/٤٥١ ، برقم ٢١٩٧٧ .

يعتق الأول ، **وفی التهذيب :** وإن أعتق جارية حاملا واستثنی حملها : عتق الحمل أيضا ، ولو كانت الجارية مشتركة لا يجب ضمان الحمل ، **وفی الهداية :** وإن أعتق جارية حاملا عتق حملها تبعا لها، ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها ، **م :** وإذا قال الرجل لأمته وهی حامل " قد أعتقت مافی بطنك علی ألف درهم عليك " فقالت " قد قبلت ذلك " ثم وضعت غلاما لأقل من ستة أشهر : فإن الغلام يعتق ، وإذا عتق الجنين لا يجب المال علی الجنين ولاعلی الجارية ، **وفی الكافی :** فإن ولدت لأكثر من ستة أشهر منه لم يعتق .

٨٦٠٩ :- م : وإذا قال لأمته " مافی بطنك حر متی أديت إلی ألفا" فوضعت لأقل من ستة أشهر : فهو حر متی أدت إليه ألف درهم .

٨٦١٠ :- وإذا كانت الأمة بين رجلين فأعتق أحدهما ما فی بطنها وهو غنی فولدت بعد ذلك غلاما ميتا فلا ضمان علی المعتق ، فإن ضرب رجل بطنها فألقت جنينا فعلی قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه يضمن الضارب ما يضمن فی جنين الأمة ، وعلی قولهما يضمن ما يضمن فی جنين الحرة .

← وقوله : ولو أعتق الحمل خاصة الخ أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم قال : إذا أعتق الرجل أمته ، واستثنیٰ مافی بطنها ، فله ما استثنی ، قال سفيان : ونحن لانأخذ بذلك ، نقول : إذا استثنیٰ ما فی بطنها عتقت كلها ، إنما ولدها كعضو منها ، وإذا أعتق ما فی بطنها ، ولم يعتقها ، لم يعتق إلّا ما فی بطنها ، مصنف عبد الرزاق ، المدبر ، باب الرجل يعتق أمته ويستثنی ما فی بطنها الخ ١٧٢/٩ ، برقم ١٦٨٠٠ .

الفصل السابع فی عتق ذوی الأرحام

٨٦١١ :- **فی الظهيرية :** کل من ملك شقصا لا يجوز نكاحه علی التأبيد بسبب القرابة كالأخ والأخت والعم والخال : يعتق عليه صغيرا كان المالك أو كبيرا عاقلا كان أو مجنونا ، وقال الشافعی : لا يعتق إلا من له ولاد ، وأهل الذمة والإسلام فی ذلك سواء ، وإذا اشتری أمة وهی حبلی من أبيه بنكاح أو وطء عن شبهة : يعتق ما فی بطنها؛ لأنه أخوه وله أن يبيع الأمة إذا وضعت حملها .

٨٦١٢ :- **وفی الكافی :** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، فالرحم عبارة عن القرابة ، والمحرم عبارة عن حرمة النكاح ، فالمحرم بلارحم نحو أن ملك زوجة أبيه أو بنت عمه وهی أخته رضاعا : لا تعتق ، ولا بد أن تكون القرابة مؤثرة فی المحرمية وكذا الرحم بلامحرم كبنی الأعمام والأخوال لا يعتقون ، **وفی الحجة :** ولايعتق المحارم بالرضاع كأبی الرضاع وابنه وزوجته وأولاده من الرضاع .

٨٦١٣ :- اشتری العبد المأذون ذا رحم محرم من سيده وليس عليه دين محيط : عتق ، وإن كان عليه دين محيط : لم يعتق عند أبی حنيفة رحمه الله ، ولو

٨٦١١ :- أخرج أبوداؤد والترمذی وابن ماجة عن سمرة عن النبی صلی الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حرٌّ ، سنن أبی داؤد ، العتاق ، باب فيمن ملك ذا رحم محرم ٢/٥٥٠ ، برقم ٣٩٤٩ ، سنن الترمذی ، الأحكام ، باب ماجاء فيمن ملك ذا رحمٍ محرمٍ ١/٢٥٣ ، برقم ١٣٧٦ . سنن ابن ماجة ، العتق ، من ملك ذا رحم محرم فهو حرٌّ ٢/١٨١ ، برقم ٢٥٢٤ -٢٥٢٥ .

وقول المصنف : " كالأخ " أخرج الدار قطنی عن ابن عباس قال : جاء رجل يقال له : صالح بأخيه ، فقال : يارسول الله ! إنی أريد أن أعتق أخی هذا ، فقال إن الله أعتقه حين ملكته ، سنن الدار قطنی ، المكاتب ، ٤/٧٢ ، برقم ٤١٨٢ .

٨٦١٢ :- **قول المصنف :** وفی الحجة : ولا يعتق المحارم بالرضاع الخ أخرج عبد الرزاق عن الزهری قال : إذا ملك الرجل أخاه من الرضاعة لم يعتق ، قال الزهری : ومضت السنة أن يباع الأخ من الرضاعة ، مصنف عبد الرزاق ، المدبر ، باب الرقبة يشترط فيها العتق ومن ملك ذا رحم ، ٩/١٨٥ ، برقم ١٦٨٦٦ .

اشترى المكاتب ابن مولاه : لم يعتق فى قولهم جميعا ، وبأى شىء ملك كالهبة والشراء والإرث والوصية وغيرها عتق عليه والولاء له .

٨٦١٤ :– وفى جامع الجوامع : رجلان اشتريا عبدا فقال واحد " هو ابنى" وقال الآخر : إنه حر الأصل معا : عتق وثبت نسبه ولايضمن ، ثلاثة اشتروا جارية فولدت ولدين فى بطنين فادعى أحدهم أن الجارية أخته : عتقت ، حرة ولدت من عبد بنتين فاشترتا أباهما : عتق ، ولو مات عن مال فلهما الثلثان بالإرث والثمن لها والباقى لهما بالولاء ، ولوماتت واحدة بعد الأب فلها النصف وللأم الثلث ، بقى السدس : نصفه للبنت بالولاء ونصفه بينهما ، وموالى الأم فثلاثة أرباع : السدس لها والربع للعصبة ، أختان اشترتا أخاهما ثم اشترتا أباهما فمات الأب ثم الأخ ثم إحدى الأختين : فللباقية نصف ميراث وثلث الباقى بالولاء ؛ لأن لها ثلث ولاء الأب ونصف ثلث النصف من قبل الأخ فذا ثلاثة أرباع والربع للعصبة ، وإن لم تكن فلبيت المال ، **وفى الظهيرية :** رجل أقر فى مرضه لابنه بألف درهم وليس له ولد سواء ثم مات ولم يدع مالا إلا مملوكا هو أخ الابن لأمه وقيمة المملوك مثل الدين يوم مات ، قال محمد : يعتق المملوك لأن الإقرار فى المرض وصية فإذا ملك أخاه عتق عليه ، ولو كان الإقرار فى الصحة لا يعتق .

٨٦١٥ :– ورجل وكل رجلا بأن يشترى له مملوكا فيعتقه عن ظهاره وسمى الثمن فاشترى أب الموكل ، قال أبو يوسف رحمه الله : عتق كما اشتراه الوكيل ، ولو وكله بأن يشترى له أياه فيعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه الوكيل : يعتق كما اشتراه ويجزى عن ظهار الآمر ،ولو ملك الحربى ذا رحم محرم منه دارالحرب لم يعتق ، ولو ملك " رجل " شقصا من ذى رحم محرم منه عتق قدر ملكه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يعتق الكل ، وإذا اشترى المأذون ذا رحم محرم من سيده وليس عليه دين محيط لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يعتق كالمكاتب ، **وفى التجريد :** ولو اشترت المكاتبة ابنها الذى ولدته من سيدها : عتق .

٨٦١٦ :– م : ولو ملك الرجلان ابن أحدهما بعقد من القعود : عتق

نـصيـب الأب و لاضمان عليه للشريك موسرا كان أو معسرا عند أبى حنيفة رحمه الله **وفى الوقاية :** عـلـم الشريك حاله أولا ، وعندهما يضمن الذى عتق عليه نصيب شـريـكـه ، ولـو ورثـا عبـدا وهـو قريب أحدهما لـم يضمن لشريكه شيئا فى قولهم جميعا ، **وفـى الينابيع :** فـإن مـلـك ابـنه مع مالك آخر : عتق نصيبه و لا ضمان على الآخر ولشريكه أن يعتق نصيبه أو يستسعى ، فإن تزو ج أمة ابن عمه فولدت ولدا ثم مـات سيـدهـا فـورثة زوجها مع ابن عم آخر له فإن الولد يعتق على أبيه و لا يضمن لشريكه وإن كان موسرا ، وكذلك لو ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ، وقالا: يضمن الأب فـى غير الإرث نصف القيمة إن كان موسرا ، وإن كان معسرا سعى الابن فى نـصف قيـمتـه لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما حلف بـعتـقه : إن اشترى نصفه ولـم يفصل فى ظاهر الرواية عنه بين أن يكون الشريك عالما وبين أن لا يكون عالما ، وروى أبى يوسف عن أبى حنيفة إن لـم يعلم فله أن يضمنه .

٨٦١٧ :- وإن اشتـرى الأجـنبـى أولا نـصفه ثم اشترى الأب النصف الثانى وهـو موسر ضمن الأجنبى الأب ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا خيار لـه وضـمـن الأب نـصف قيـمته ، هذا إذا اشترى نصفه ممن ملك كله ، فإن كان بين شريكين فباع أحدهما نصفه من أبيه : فللشريك حق التضمين إجماعا ، **وفى الخانية :** وإذا ملك الحربى قريبه ودخل علينا بأمان عتق عليه .

الفصل الثامن في إعتاق الحربى

٨٦١٨ :- حربى أسلم عبده الحربى وخرج إلى دار الإسلام مراغما لمولاه : عتق ، وله أن يوالى من أحب ، وإن أسلم عبد الحربى ولم يخرج إلينا لا يعتق ، فإن أسلم مولاه ثم ظهر المسلمون على دارهم فعبده يكون عبدا له ، ولو أسلم عبد الحربى فباع مولاه من مسلم فى دار الحرب : عتق العبد قبل أن يقبضه المشترى فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال صاحباه : لا يعتق ، وكذلك لو باعه من ذمى .

٨٦١٩ :- حربى له عبد كافر فأسلم العبد ثم خدم مولاه كانت الخدمة أمانا للمولى ، ولو أعتق حربى عبده الحربى فى دار الحرب لا ينفذ إعتاقه فى قول أبى حنيفة رحمه الله خلافا لصاحبيه ، وقيل: ينفذ الإعتاق عند الكل ، وإنما الخلاف فى ثبوت ولاية العتق : عند أبى حنيفة رحمه الله لا يثبت وعندهما يثبت ، ولو أعتق عبدا لمسلم فى دار الحرب صح إعتاقه فى قولهم جميعا

٨٦١٨ :- أخرج أبوداؤد عن على بن أبى طالب قال : خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى : يوم الحديبية قبل الصلح ، فكتب إليه مواليهم فقالوا : يا محمد ! والله ماخرجوا إليك رغبة فى دينك ، وإنما خرجوا هو بأمن الرق ، فقال ناس : صدقوا يا رسول الله ، ردهم إليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أما أراكم تنتهون يا معشرقريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم علىٰ هذا ، وأبى أن يردهم وقال : هم عتقاء الله عزوجل ، سنن أبى داؤد ، الجهاد ، باب فى عبيد المشركين يلحقون بالمسلمين فيسلمون ، ٣٦٨/٢ ، برقم ٢٧٠٠ .

وأخرج أحمد عن ابن عباس قال : أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج إليه من عبيد المشركين ، مسند أحمد ، ٢٢٤/١ ، برقم ١٩٥٩ .

ونقل ابن سعد فى الطبقات الكبرى : فلمّا حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الطائف قال : أيّما حرّ نزل إلينا فهو آمن ، وأيما عبد نزل إلينا فهو حرٌّ ، فنزل إليه عدّة من عبيد أهل الطائف فيهم أبو بكرة فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أبو بكرة تدلّى إليهم فى بكرة فكنّوة أبا بكرة ، فكان يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم طبقات ابن سعد ١١/٧، أُسد الغابة ٢٨/٥ ، برقم ٥٧٣١ .

ويكون الولاء له ، وعن أبى حنيفة أنه لا ولاء له .

٨٦٢٠ :- حربى دخل دارنا بأمان ومعه مدبره أو مكاتبه كاتبه فى دار الحرب فباعهما الحربى : جاز بيعه ، ولو كان معه أم ولده : لا يجوز بيعها ؛ ولو عاد الحربى إلى دار الحرب وخلف أم ولده أو مدبرة دبرها فى دار الإسلام حكم بعتقهما ، إذا مات الحربى أو قتل أو أسر ولايعتق مكاتبه ، ويكون بدل الكتابة لورثته إذا مات المولى ، عبد أخذه الكفار وأدخله فى دار الحرب فأبق منهم : عتق .

٨٦٢١ :- رجل دخل دار الهند ومعه هندى ثم خرج إلى دار الإسلام يقول الهندى " أنا عبده " ثم أسلم الهندى ؟ قالوا : إن خرج الهندى من دار الحرب مع المسلم غير مكره يكون حرا ، وقول الهندى " أنا عبده " يكون باطلا ، وإن أخرجه مكرها كان عبدا ، **وفى الخزانة :** مرتد أعتق عبدا لم يجز ، وإن أسلم جاز ، فإن مات على ردته بطل العتق ، وإن لم يمت ولكنه لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحوقه وقسم ماله بين ورثته فإن رجع بعد ذلك مسلما ثم ملك ذا العبد بوجه من الوجوه ينفذ عتقه .

٨٦٢١ :- أخرج أحمد عن ابن عباس قال : أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج إليه من عبيد المشركين ، مسند أحمد ١/٢٢٣ ، ٢٢٤ ، برقم ١٩٥٩ .

وأخرج أبوداؤد عن على بن أبى طالب قال : خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يعنى : يوم الحديبية قبل الصلح ، فكتب إليه مواليهم فقالوا : يا محمد ! والله ما خرجوا إليك رغبةً فى دينك ، وإنما خرجوا هرباً من الرق ، فقال ناس : صدقوا يا رسول الله ، ردهم إليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم علىٰ هذا ، وأبىٰ أن يردهم وقال : هم عتقاء الله عزّوجلّ ، سنن أبى داؤد ، الجهاد ، باب فى عبيد المشركين يلحقون بالمسلمين فيسلمون ٢/٣٦٨ ، برقم ٢٧٠٠ .

الفصل التاسع فى الخصومات الواقعة فى الرق والحرية والشهادة على ذلك

٨٦٢٢ :- ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده فى شرح كتاب الصلح : رجل ادعى أمة وقال " هذه أمتى " وقالت الأمة " لا بل أنا حرة " فصالحها المدعى من ذلك على مائة فدفعتها إلى المدعى فهو جائز ، وإذا أقامت بعد ذلك بينة أنها حرة الأصل أو أنها كانت أمة لهذا المدعى أعتقها العام الأول تريد الرجوع بالمائة على المدعى : قبلت بينتهما وبطل الصلح ، وإن أقامت بينة أنها كانت أمة لفلان العام الأول أعتقها فى ذلك الوقت لا تقبل بينتها ، ولو كان مكان الأمة عبد وأقام بينة على حرية الأصل أو على أن المصالح أعتقه العام الأول وهو يملكه : إن كان الصلح من العبد مع إنكاره الرق للمدعى قبلت بينته ورجع بالمائة على المولى ، وإن كان الصلح مع إقرار العبد بالرق على نفسه فكذلك الجواب عندهما وتقبل بينة العبد على ذلك ، وفى الأمة تقبل البينة على كل حال عند الكل، وإن بطل دعواها فى فصل الإقرار لمكان التناقض إلا أن دعواها ليست بشرط لقبول البينة على عتقها ، فهذه جملة ما ذكره شيخ الإسلام فى شرح كتاب الصلح، ثم إنه رحمه اللّٰه تعالىٰ سوى فى هذه المسألة بين العتق الأصلى وبين العارضى عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه وجعل دعوى العبد فيهما شرطا لقبول البينة عليها وجعل التناقض فيهما مانعا صحة الدعوى ، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه على قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، قالوا : دعوى العبد فى حرية الأصل ليست بشرط عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه لقبول الشهادة عليها والتناقض فيها ليس بمانع صحة الدعوى وقبول الشهادة عليها كما هوقولهما وإنما الخلاف فى العتق العارضى : وبعضهم قالوا : دعوى العبد عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه شرط فى العتق الأصلى والعارضى جميعا إلا أن التناقض لا يمنع صحة دعوى العتق الأصلى ولا يمنع قبول الشهادة ، ويمنع

صحة دعوى العتق العارضى ويمنع قبول الشهادة ؛ بعضهم قالوا : دعوى العبد شرط فی العتق الأصلی والعارضی والتناقض فيهمامانع صحة الدعوى فيهما وقبول الشهادة ، وإليه ذهب شيخ الإسلام ، والأصح أن دعوى العبد عند أبی حنيفة رحمه الله شرط فيهما والتناقض لايمنع الصحة فيهما .

٨٦٢٣ :- أمة بين رجلين شهد رجلان على أحدهما بعينه أنه أعتقها وكذبتهما الأمة وادعت على الآخر الإعتاق وجحد الآخر وحلف عند القاضی أنه ما أعتقها : فإنها تعتق لشهادة الشهود وإن لم توجد منها الدعوى بما شهد به الشهود ؛ فقد عرف أن الشهادة القائمة على عتق الأمة تقبل بدون الدعوى ، ألا ترى! أن الأمة لو كانت كلها للمشهود عليه كانت تعتق بالشهادة بدون الدعوى .

٨٦٢٤ :- وفی المنتقی : ابن سماعة عن محمد فی رجل قال " كل مملوك أملكه أو اشتريه إلى سنة فهو حر " فخاصمه عبد أنه فی ملكه ، يعنی فی ملكه يوم اليمين وأقام عليه بينة بهذه اليمين وقضى القاضی بعتقه ، ثم اشترى الحالف عبدا فی تلك السنة فخاصمه العبد المشتری فالقاضی يأمره بإعادة البينة، وهذا بلا خلاف ، والمعنى ما أشار إليه ثمة أن البينة إنما كانت للأول على قوله " كل عبد أملكه " فلم يقبل البينة على غير ذلك ، ولو خاصمه عبد آخر كان فی ملكه وقت اليمين فالقاضی لايقضی بعتقه عند أبی يوسف رحمه الله حتى يعيد البينة ، وعلى قول محمد يقضی بعتقه ولايكلفه باعادة البينة ، وعلى هذا إذا قال " كل مملوك لی حر " فخاصمه عبد له فی ذلك وأقام البينة على اليمين وقضى القاضی بعتقه ثم خاصمه عبد آخر فهل يكلفه القاضی باعادة البينة ؟ فهو على هذا الخلاف ، وكذا لو قال " كل عبد أملكه إلى سنة فهو حر " فاشترى عبدا إلى السنة وخاصمه العبد عند القاضی وأقام عليه بينة بهذه اليمين وقضى القاضی بعتقه ثم اشترى عبدا آخر وخاصمه إلى القاضی ؛ فالقاضی يقضی بعتقه ولا يكلفه بإعادة البينة عند محمد ، وعلى قول أبی يوسف يكلفه بإعادة البينة ، هذه الجملة مذكورة فی عتاق المنتقی : ذكر فی الأقضية :

ابـن سـمـاعة عـن أبـی یـوسف رحـمه اللّٰہ شهد علیه شاهدان أنه قال " کل عبد أشتـریه فهو حر " فاشتری عبدا وخاصمه فی العتق فإن أبا حنیفة رحمه اللّٰہ قال : لا أعتقه حتی یعید البینة ، وقال أبو یوسف رحمه اللّٰہ : أعتقه ولا أعید البینة ، ذکر قـول أبـی یـوسف رحـمـه اللّٰہ فـی الأقضیة بخلاف ما ذکر فی العتاق ، وذکر قول أبـی حـنیـفة فـی الأقضیة ، وذکر فی کتاب الأقضیة وفی المنتقی مسألة أخری من هـذا الـجـنـس وصورتها : إذا قال لرجل " إن دخلت هذه الدار فکل مملوك أشتریه إلـی سـنة فهـو حـر" ودخـل ثم اشتری عبدا فأقام البینة بیمینه ودخوله وشرائه وهو یجحد وقضی علیه بالعتق ثم اشتری عبدا آخر وخاصمه العبد الآخر فی العتق فعلی قـول أبـی حـنیـفة رحـمه اللّٰہ القاضی لا یقضی بعتقه حتی تعود الشهود فیشهدون للثانی بمثل ما شهدوا للأول ، وقال أبو یوسف رحمه اللّٰہ أعتقه بالشهادة الأول .

٨٦٢٥ :– وفـی الـمنتقی : قـال مـحـمـد : لـو قـال الـمولی " سالم وبزیغ ومیـمـون أحـرار " فـأقام أحدهم البینة علی مقالته ، ثم جاء الآخران لم یکلفا إعادة البیـنة ، وإن قـال " سـالـم حـر وزیغ حر ومیمون حر " فأقام البینة علی ذلك ثم جاء الآخران کلفا إعادة البینة ، **وفیه أیضا :** إبراهیم عن محمد رحمه اللّٰہ فی عبد أقر أنه عبـد ثم قال هذا العبد للقاضی استحلفه " ما أعتقنی " فالقاضی یستحلفه ، ولو قال "استـحلفه ما یعلم أنی حر الأصل ، فالقاضی لا یستحلفه لأنه أقر أنه عبد ، رجل فی یـدیه صبی صغیر ویسمع منع أنه عبده ، یعنی لـم یسمع من صاحب الید أنه عبدی ، ولـم یسمع من الصبی أیضا أنه عبده حتی کبر وقال " أنا حر الأصل " فالقول قوله، **وفی الولوالجیة :** ولـو کان العبد صغیرا لا یعبر عن نفسه فی یدی رجل فقال"هوعبدی" ولیـس لـه نسب معروف فی الحریة صدق فیه ، ولو أدرك فکذبه وقال " أنا حر "لم یصدق إلا ببینة : ولو قال " أنا عبد فلان " صدق المولی ولـم یصدق العبد .

٨٦٢٦ :– ولـو کـان صبـی فـی یـدی رجـلین یدعی أحدهما أنه ابنه وادعی الآخـرأنه عبده ولم تقم لهما بینة فمات علی هذه الحالة فی أیدیهما : فإنه حر وهوابن الـذی ادعـی أنـه ابـنـه ، ولو أقام أحدهما بینة أنه ابنه والآخر أنه عبده : قضی لمدعی

النسب والدية على عاقلتهما ، م : قال هشام : سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل قال لرجل "أنا مولى أبيك أعتقنى" فجحد ذلك الرجل أن يكون أباه أعتقه ؟ فقال : هو مملوك ؛ ولوقال "أنا مولى أبيك" ولم يقل "أعتقنى" ؟ قال : هوحر؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده ؛ ولوقال "أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبى وأمى" فهوحر .

٨٦٢٧ :- قال هشام : سمعت محمدا يقول فى رجل أعتق جارية له وهى تسمع ثم جحدها وقضى القاضى عليها بالرق بعد ما حلف الرجل ؟ قال : فهربت منه ! قلت : أيسعها أن تتزوج ؟ قال : لا ، قلت : فإن ما ت أبوها عن مال أيسعها أن تأخذه ؟ قال : لا ، سمع قوم من رجل أنه قال لعبده "هذا حر لوجه الله" ثم رأوه بعد ذلك يقول "هو عبدى" فشهد أولئك القوم عليه أنه أعتقه أمس ، وقال المشهود عليه "أعتقته أمس ولا أملكه وإنما اشتريته اليوم ، والشهود يقولون "إنه أعتقه وهو يملكه أمس" ولكن لا يدرى أكان له أم لا ؟ فالقاضى لا يقضى بعتق العبد حتى بشهدوا عليه أنه أعتقه وهو يملكه ، قال : وكذلك الطلاق ، **وفى الولوالجية :** عن أبى يوسف رحمه الله عبد بين اثنين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وأنه أعتقه اليوم ، وقال الشريك : لم أعتقه وأنت أعتقته اليوم ولى الضمان عليك : فلا ضامن عليه ؛ ولو لم يقر ولكن البينة قامت عليه أنه أعتقه أمس ، فهو ضمان لشريكه ، **وفى جامع الجوامع :** ادعى العبد العتق على كرم والمولى على وصف : فالقول للعبد.

٨٦٢٨ :- وفى شرح الطحاوى : وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده والعبد ينكر ذلك : فإنه لا يقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالىٰ ،

٨٦٢٧ :- قول المصنف : "وفى الولوالجية الخ" أخرج البخارى عن ابن عمر : أنه كان يفتى فى العبد أو الأمة تكون بين شركاء فيعتق أحدهما نصيبه منه ، يقول : قد وجب عليه عتقه كله، إذا كان للذى أعتق من المال ما يبلغ يقوم من ماله قيمة العدل ويدفع إلى الشركاء أنصباؤهم ، ويخلّى سبيل المعتق ، يخبر بذلك ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، صحيح البخارى ، العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء ١/٣٤٣ ، برقم ٢٤٥٧ ، ف ٢٥٢٥ .

وفی قولهما يقبل ، ولو أن العبد قذف رجلا وادّعی المقذوف أنه حر وأن عليه حد الأحرار وأنكر العبد والمولی ذلك ، فأقام المقذوف البينة علی الحرية : فإنه يقبل ويعتق بالإجماع، حتی أن المولی لو كان غائبا لم تسمع دعواه ، **وفی جامع الجوامع :** ولو قال " أعتقت هذا العبد أنا وأنت " أوعكسه أوقال " أعتقنا " : فإن صدقه عتق منهما ، وإن كذبه فمن الأول ، كذا بأمومة الولد إلا أنه إن كذبه فنصفها أم ولده والباقی موقوف ، وإن مات أحدهما عتق نصيبه .

٨٦٢٩ :– وفی الولوالجية : إذا ادعی العبد أو الأمة العتق ولم تكن له بينة حاضرة : لم يحل بين العبد وبين المولی ، وكذلك لو أقام شاهدا واحدا ، ولو أقام شاهدين حيل بينه وبين المولی حتی ينظر فی أمر الشاهدين ، هذا إذا كان مولاه فاسقا مخوفا عليه العنت وكانا مستورين ، فإذا كانا فاسقين ففيه روايتان : فی رواية يحال ، وفی رواية لا يحال .

٨٦٣٠ :– م : وفی نوادر بشر : عن أبی يوسف رحمه اللّٰه رجل أعتق أمته ثم اختصما عند القاضی وفی حجرها ولد وفی يدها كسب اكتسبه وقال المولی "اعتقتك بعد الولادة والكسب " وقالت المرأة " لا بل أعتقتنی قبل الولادة والكسب : فالقول قول المرأة ، ولو كان الكسب فی يد المولی : فالقول قول المولی : هذا قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه تعالیٰ وأبی يوسف رحمه اللّٰه تعالیٰ ، وفی دعوی الجامع : ادعی رجل علی رجل أنه عبده وجحد المدعی عليه وقال " أنا حرّ الأصل لم أملك قط " : فالقول قوله ، وهذا معروف ، وإن أقام المدعی البينة أن نصف العبد له قضی القاضی بنصف العبد له ويكون النصف الآخر موقوفا لا يقضی فيه برق ولا حرية ، فإن جنی العبد جناية بأن قتل رجلا خطأ قيل لمولی العبد: أعبد هو أم حر ؟ فإن قال " هو عبد " قيل للمقضی له بنصفه : ادفع هذ النصف أو أقده بنصف الدية ، ويوقف النصف الباقی فلا يقضی فيه بشیء وإن قال " هو حر " لا يقضی له بشیء لا علی المقضی له بنصفه ولا علی العبد ، فإن أقام ولی القتيل بينة علی الحرية كانت بينة الحرية أولی من بينة الرق وينقض بهذا

الـحـكم الأول ، ولو لـم يجن هذا الشخص لكن جنى عليه فيما دون النفس يقضى على الجانى بأرش العبد وهو فى شهادته وحدوده وجميع أموره بمنزلة الرقيق .

٨٦٣١ :- وإذا شهد الشهود أنه " أعتق عبد ه " سالما " ولا يعرفون سالما ولـه عبـد اسـمـه سـالم ولا عبد له غيره : فإنه يقبل هذه الشهادة وقضى بعتقه ؛ ولو عـايـنا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرف له عبد بهذا الاسم إلا هذا : قضى بعتقه ، كذا هـاهـنـا ، ثـم إن كـان سالما يدعى العتق فالمسألة على الوفاق ، وإن كان لا يدعى فـالـمسـألة على الخلاف ، **وفـى الـكافى :** والشهـادة عـلـى عتـق العبد لا تقبل من غيردعواه عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وعندهما تقبل .

٨٦٣٢ :- م : وإن كـان له عبدان اسم كل واحد منهما سالم : فهذا ومالو شهدا أنه أعتق أحد عبد يه سواء ، وهى مسألة التى تلى هذه المسألة : ولو شهدا أنه أعتـق أحـد عبـديـه ، فهـذا عـلـى وجهين : أما إن شهدا فى حال الحياة بذلك والمولى يـجـحـد : فـفـى هـذا الوجه لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وعندهما تقبل ويـقـال للمولى " بين " ، وهذا بناء على ما قلنا إن عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه دعوى العتق مـن الـعبـد شـرط ، فـالدعوى من المجهول لا يتحقق ، ولو شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويحبس إلى أن يطلق إحداهن وهذا بالإجماع ، **وفى شرح الطحاوى :** ولـو شهـد شـاهـدان على رجل أنه قال لعبديه " أحدكما حر " والعبدان يدعيانه أو يدعيه أحدهما : فإن فى قولهما تقبل هذه الشهادة ويجبر على البيان ، وأما فى قول أبـى حـنيـفة رحمه اللّٰه فإن كان هذا فى حال الحياة لا تقبل ، وإن شهدا بعد الوفاة فإن قالا " إنه كان فى حال الصحة " فهو على الاختلاف أيضا ، وإن كان ذلك فى حالة المرض تقبل استحسانا ويعتق من كل واحد نصفه .

٨٦٣٣ :- م : وإن شهـدا بعد وفـاة الـمـولـى أنــه أحـد عبديـه ، فهو على وجهيـن: أمـا إن شهـد أنـه أعتـق عبـد يـه فـى حـال صحته : ففى هذا لا تقبل هذه الشهـادة عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه **وفى الكافى :** والأصح أنه يعتق ، **م :** وإن شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته فالقياس أن لا تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة

رحمه الله ، وفى الإستحسان تقبل ، ذكر القياس والاستحسان فيما إذا كانت الشهادة على إعتاق أحدهما فى مرض موت المولى ، ولم يذكر القياس والاستحسان فيهما إذا كانت الشهادة فى حال صحة المولى ، ولو شهد بعد موت المولى أنه دبر أحد عبديه فى حال الصحة أو قالا فى المرض : تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة قياسا واستحسانا ، **وفى الهداية :** ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطا فيه ، **وفى الخلاصة الخانية :** ولو شهدا " أنه أعتق إحداهما إلا أنا نسينا" : لم تقبل شهادتهما عندنا ، ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده : لم تجز شهادتهما .

٨٦٣٤ :- م : وإذا شهدا على رجل أنه أعتق عبده هذا ، واختلفا في الزمان بأن شهد أحدهما أنه أعتقه يوم الجمعة ، وشهد الآخر أنه أعتقه يوم الخميس ، أو اختلفا فى المكان : قبل القاضى شهادتهما ، وكذلك إذا شهد أحدهما على إنشاء العتق والآخر على إقرار المولى بالإعتاق بأن شهد أحدهما أن المولى قال له "أعتقتك" وشهد الآخر أن المولى قال " قد كنت أعتقتك " وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه وشهد الآخر أنه قال " إنه حر " ، أو شهد الآخر أنه قال له " أنت حر" وشهد الآخر أنه قال له " أعتقتك " وكذلك إذا شهد أحدهما " أنه أعتقه بالعربية" والآخر أنه أعتقه بالفارسية : تقبل شهادتها ، وذكر **فى المنتقى :** عن أبى يوسف رحمه الله إذاشهد أنه قال لعبده " أنت حر " وشهد الآخر أنه قال " تو آزادى " : تقبل .

٨٦٣٥ :- وفى الكافى : ولو شهد بعتقه وحكم بشهادتهما ثم رجعا عنه فضمنا قيمته ، ثم شهد الآخران بأن المولى كان أعتقه بعه شهادتهما لم يسقط عنهما الضمان اتفاقا ، وإن شهد أنه أعتقه قبل شهادتهما لم تقبل أيضا ولم يرجعا على المولى

٨٦٣٤ :- أخرج ابن أبى شيبة عن محمد بن طلحة قال : إذا اختلفت الشهود فى الكلام ، وكان الأصل واحداً : فلا بأس ، مصنف ابن أبى شيبة ، البيوع والأقضية ، فى الشهود يختلفون ، ٦٥٦/١١ ، برقم ٢٣٦١١ .

بما ضمنا ، وهذا عند أبی حنيفة رحمه اللّٰه ، وعندهما تقبل ورجعا علی المولی بما ضمنا ، ولوقيد رجل عبده ثم قال: إن لم يكن قيده رطلين فهو حر ، وإن حل قيده أحد فهو حر " فشهد شاهدان أن قيده رطل وقضی بعتقه ثم حل القيد فإذا هو رطلان يضمنان قيمته للمولی عند أبی حنيفة رحمه اللّٰه وعندهما لم يضمنا .

٨٦٣٦ :- م : وفی الأصل : إذا اختلفا فی الشرط الذی علق به العتق بأن شهد أحدهما أنه قال له " إن دخلت الدار فأنت حر " وشهد الآخر أنه قال له " إن كلمت فلانا فأنت حر " وأشباه ذلك : لم تجز الشهادة بخلاف مالو شهدا بعتق منجز فی يومين؛ لأن هناك يمكن أن يجعل الثانی تكرارا للأول فيحصل اتفاقهما علی شیء واحد ، **وفی المنتقی :** إذا قال الرجل لعبده " إن كلمت فلانا فأنت حر" فشهد عليه شاهد أنه كلمه اليوم وشهد الآخر أنه كلمه أمس : لا تقبل الشهادة ، وذكر ثمة أيضا أنه إذا قال لامرأته " إن كلمت فلانا فأنت طالق " فشهد عليه شاهد أنه كلمه غدوة وشهد الآخر أنه كلمه عشية : أنه تقبل الشهادة .

٨٦٣٧ :- وعن إبراهيم عن محمد : إذا شهد رجل علی رجل أنه أعتق أمته هٰذہٖ وتزوجها ، وشهد الآخر علی الإقرار أنه أعتقها وتزوجها ؟ قال : تعتق ولايثبت النكاح ، **وفی الأصل :** إذا شهد شاهدان علی رجل أنه قال لعبده " إن دخلت الدار فأنت حر " وقال المولی : إنما قلت له " إن كلمت فلانا فأنت حر" : فأيهما فعل فهو حر وقد ثبتت اليمينان إحداهما بالشهادة والأخری بالإقرار ، ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل ، وشهد الآخر أنه أعتقه بغير جعل : لا تقبل الشهادة ، ولو اتفقا علی العتق بجعل واختلفا فی مقدار الجعل بأن شهد أحدهما أنه أعتقه بألف ، وشهد الآخر أنه أعتقه بألف وخمسمائة : وهذه المسألة علی وجهين : أما إن كان العبد يدعی العتق والمولی يجحد ففی هذا الوجه لا تقبل شهادتهما سواء كان العبد يدعی العتق بأقل المالين أو بأكثر المالين ؛ وأما إن كان المولی يدعی العتق والعبد ينكره ففی هذا الوجه إن كان المولی يدعی العتق بألف وخمسمائة تقبل الشهادة علی الألف وإن كان يدعيه بألف لا تقبل الشهادة أصلا ، ولو شهد أحد

الشـاهـدين بألف والآخر بألف وخمسماية وهـو يـدعی الألف وخمسمائة هناك تقبل الشهادة علی الألف ، ولو كان يدعی الألف لا تقبل الشهادة أصلا .

٨٦٣٨ :- وإذا ادعـی الـعبد أن المولی أعتقه بألف وأقام عليه شاهدين ، وادعـی الـمـولـی أنه أعتقه بألفين وأقام عليه شاهدين : فالبينة بينة المولی ؛ وهذا بـخـلاف مـا إذا أقـام الـعبد بينة أن المولی قال له " إن أديت إلیّ ألفا فأنت حر " وأقـام الـمـولـی بينة أنه قال " إن أديت إلی ألفين فأنت حر " فأدی العبد إليه ألف درهـم : فـلا شـیء عـليه ، ولو شهد شاهدان أنه با ع نفس العبد منه بألف درهم ، وشهـد الآخـر أنـه با ع نفس العبد منه بألفی درهم : فهذا وما لو شهدوا أنه أعتقه عـلی ألف وعلی ألفين سواء ، وإذا شهدا أنه أعتق عبدا قد سماه لنا إلا أنا نسينا ه والـمـولـی يجحد ذلك : لا تقبل شهادتهما ، وكذلك إذا شهدا علی الرجلين أن أحدهما أعتق عبده ولا يدری أيهما كان لا تقبل شهادتهما .

٨٦٣٩ :- وإذا شهـدا عـلـی رجـليـن أن أحـدهما أعتق عبده هذا ، وشهد الآخـر أنـه وهـب نـفسـه مـنه : فالقاضی لا يقبل شهادتهما ، ولو شهدوا جميعا أنه وهـب نـفـس الـعبد منه : وجب القضاء بالعتق ، ولو عاينا أنه وهب نفس العبد من العبد : يعتق ، وكذا إذا ثبت ذلك بالبينة ، وإن قال المولی " لم أنو العتق " لا يصدق قـضـاء ولـكـنـه يصدق فيما بينه وبين ربه ، ولو شهدا أنه أوصی بنفس العبد للعبد : وجـب الـقـضـاء بالعتق؛ لأن الوصية عقد تمليك كالهبة ، فكأنهما شهدا أنه وهب نفس العبد منه إلا أنه إن كان قال " أوصيت لك بنفسك للحال " فإنه يعتق للحال ، وإن أطـلـق الوصية إطلاقا : يعتق بعد الموت ، علی قياس ما روی عن محمد رحمه الله فـی الـنـكـاح : إذا قال الرجل لغيره " أوصيت ببضع ابنتی للحال " يثبت النكاح للحال ، وإن أطلق ينصرف إلی ما بعد الموت فلا يصح النكاح كذا هاهنا .

٨٦٤٠ :- وإذا قـال الـرجل لعبدين له " أيكما أكل هذا الرغيف فهو حـر " فـأكـلاه جـمـيـعـا : لا يـعتـق واحد منهما ، أطلق محمد المسألة فی الأصـل اطـلاقـا ومن مشايخنا من قال : هذا إذا كان الرغيف بحال يمكن

لكل واحد منهما ، أكله جميعا ، أما إذا كان بحال لا يمكن لكل واحد منهما أكله جميعا : ينبغی أن يعتقا ، ومنهم من قال : لا يعتقان علی كل حال ، وهو الأصح ، وإن أقام أحد العبدين بينة أنه أكل الرغيف وحده وقضی القاضی بعتقه ثم أقام الآخر بينة بعد ذلك أنه هو الذی أكل الرغيف وحده : فالقاضی لا يقضی بعتقه ولا ينقض القضاء الأول ، وأما إذا جاء الغلامان معا وأقام كل واحد بينة أنه هو الذی أكل الرغيف ؟ قال : إذا لم يقبل القاضی بينة الغلامين وردهما وماتت بينة أحدهما ثم أعاد الغلام الآخر بيّنتة علی القاضی علی ما اشهدت له به أولا فإن القاضی لا يقبل شهادتهم ، ولو لم تمت واحدة من البينتين حتی جاء أحد الغلامين بشاهدين آخرين يشهدان له بما شهد به الشهود الأول، وجاء الغلام الآخر بشهوده الذين شهدوا أول مرة : فإن القاضی يقضی للغلام الذی جاء بشاهدين آخرين، بخلاف ما إذا جاء بشاهدين آخرين فإن القاضی لا يقضی لواحد منهما.

٨٦٤١ :- وإذا كان العبد مشتركا بين رجلين وشهد أحدهما علی صاحبه أنه أعتق نصيبه : لا تقبل شهادة موسرا كان المشهود عليه أو معسرا ، وإذا لم تقبل شهادة بقی مقرا أن صاحبه أعتق نصيبه : وأحد الشريكين إذا أقر علی صاحبه أنه اعتق نصيبه وصاحبه يجحد : فالعبد لا يترك رقيقا بل يقوم ويسعی فی جميع قيمته بينهما نصفين عند أبی حنيفة سواء كانا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وعندهما يسعی للمشهود عليه فی نصف قيمته، سواء كان الشاهد معسرا أو معسرا ، ويسعی للشاهد فی نصف قيمته إن كان المشهود عليه معسرا ، ولا يسعی له فی شیء إن كان المشهود عليه موسرا ، **وفی الولوالجية** : ولو أعتق كل واحد منهما نصيبه بعد ذلك جاز عند أبی حنيفة رحمه اللّٰه والولاء بينهما ، وكذلك السعاية ، أما عندهما الولاء موقوف فی نصيب

الشاهد ، **وفی جامع الجوامع :** شهد أحد الشريكين مع أجنبی لاتقبل ويعتق لإقراره ؛ شهد ابنا أحدهما أن أباهما أعتق تقبل ، شريكه لا ، فرع علی قول أبی حنيفة وإذا وجبت السعاية لهما لو شهد أحدهما علی صاحبه أنه استوفی السعاية من العبد لا تقبل شهادته، وكذلك إذا استوفی أحدهما نصيبه من السعاية ثم شهد علی صاحبه باستيفاء نصيبه لا تقبل .

٨٦٤٢ :- وفی الهداية : ولو شهد كل واحد من الشريكين علی صاحبه بالعتق سعی العبد لكل واحد منهما فی نصيبه موسرين كان أو معسرين عند أبی حنيفة رحمه اللّٰه، وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا والولاء لهما ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه ، وإن كانا معسرين لهما ، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعی للموسر منهما ولا يسعی للمعسر والولاء موقوف فی جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله علی صاحبه ، **وفی الكافی :** إلی أن يتفقا علی إعتاق أحدهما ، **وفی الزاد :** والصحيح قول أبی حنيفة رحمه اللّٰه، هذا كله بعد أن يحلف كل واحد منهما علی دعوی صاحبه .

٨٦٤٣ :- م : وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر شهد اثنان منهم علی صاحبه أنه أعتق نصيبه وأنكر المشهود عليه : فالعبد يسعی بينهم أثلاثا، فإذا استوفی أحدهم شيئا من السعاية كان للآخرين أن يأخذ منه ثلثی ما أخذ ، وإذا شهد اثنان منهم علی الآخر أنه استوفی نصيبه من السعاية لا تقبل ، والجواب فی هذه المسألة كالجواب فی المسألة الأولی إلا أن هناك الحساب بالمناصفة لأن الشريك اثنان وهاهنا الحساب بالمثالثة لأن الشركاء ثلاثة ، **وفی الظهيرية :** ولو كان العبد بين ثلاثة فادعی أحدهما أنه أعتق نصيبه علی ألف درهم وشهد له شريكاه علی العبد : فالشهادة جائزة لأن نصيبه من العبد قد عتق باقراره وإنما بقی دعواه فی المال عليه فالآخران يشهدان بالمال علی عبدهما ولا تهمة فی هذه الشهادة .

٨٦٤٤ :- م : وإذا كان العبد بين ثلاثة غاب أحدهم وشهد الآخران

الـحـاضران على الغائب أنه أعتق نصيبه من هذا العبد : فإنه يحال بين العبد وبيـن الـحــاضرين ، **وفـى الـكـافى :** أن يستـرقــاه ، ويتـوقف حتـى يقدم استـحسـانـا، وفـى القياس لا يحال ، وعندهما تقيل هذه الشهادة ويقضى عـليه بعتقه ، وإذا حضر الغائب يقال للعبد " أعد البينة " فإذا أعاد البينة عليه يـقـضى عليه بعتق نصيبه ، وعلى قولهما القاضى يقبل هذه الشهادة للحال ويقضى بعتقه فإذا حضر الغائب لا يؤمر العبد باعادة البينة عليه ، فالحاصل أن هذه الشهادة عـلـى الـعتق مقبولة على الغائب عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ومـحـمـد، وعند أبى يوسف رحمهما اللّٰه هذه الشهادة لا تقبل على العتق على الغائب إنما تقبل فى حق قصر يد الحاضرين .

٨٦٤٥ :- وإذا شهـد أحـد الشـركاءِ فى العبد على أحد شريكيه أنه أعتـق نـصيبـه وشهـد الشـريك الآخـر على الشاهد الأول أنه أعتق نصيبه ، فـالـقـاضـى لا يـقضى على واحد منهما بالعتق ، وإذا كان العبد بين مسلم ونصرانى فشهد نصرانيان على المسلم أنه أعتق نصيبه : لا تقبل شهادتهما، ولو شهد النصرانيان على النصرانى أنه أعتق نصيبه ، قبلت شهادتهما ، وإن شهـد نـصرانيان على شهـادة مسـلـميـن أن الـنصرنى أعتق العبد : لا تقبل شهـادتهما كما لو شهد نصرانيان أن قاضيا من قضاة المسلمين قضى لهذا النصرانى بكذا وكذا فالقاضى لا يقبل شهادتهما .

٨٦٤٦ :- وإذا شهـد ابـنـا الـعبـد أن الـمـولـى أعتقه على مال أو بغير مال والمولى يجحد والعبد يدعى العتق بالمال : لا تقبل شهادتهما ، ولو كان المولى

٨٦٤٦ :- أخـرج ابـن أبـى شيبة عـن شـريـح قال : لا تجوز شهادة الابن لأبيه ، ولا الأب لابنه ، والمرأة لزوجها ، ولا الزوج لا مرأته .

وأخـرج أيـضـا عـن الـحسـن أنه كان يقول : لاتجوز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة الابن لأبيه ، ولا شهادة الـزوج لـزوجتـه ، ولاشهادة الزوجة لزوجها ، مصنف ابن أبى شيبة ، البيوع الأقضية ، فى شهادة الولد لوالده ، ٥٧٠/١١ ، برقم ٢٣٣١٤ ، ٢٣٣١٧ .

يدعی العتق بالمال والعبد يجحد وشهد ابنا العبد : لا تقبل شهادتهما ، وإذا شهد ابنا علی المولی أنه قال " يوم يدخل أبوكما الدار فهو حر " وشهد آخران علی الدخول : لا تقبل شهادة الابنين ولو شهد أجنبيان باليمين وشهد ابنا العبد بالشرط : لا تقبل شهادتهما أيضا استحسانا .

٨٦٤٧ :- وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر وادعی أحدهم أنه أعتق نصيبه علی كذا وقال العبد " أعتقنی بغير شیء " وشهد الشريكان أن أعتقه علی كذا : فشهادتهما جائزة ، وكذلك إن شهدا أبوالشريكين أو ابناهما بذلك، وإذا أعتق بعض الشركاء للعبد وفی يد العبد أموال اكتسب ولا يدری متی اكتسب واختلف فيه الشركاء والعبد فقال الشركاء " اكتسب قبل العتق " وقال العبد " اكتسب بعد العتق " : فالقول قوله ، وإذا كان العبد بين رجلين وشهد شاهدان علی أحدهما أنه أقر أنه أعتقه وهو موسر: فالقاضی يقضی بعتقه ، وكان لشريكه أن يضمنه وكان ولاء العبد له وإن جحد ذلك ، ولو شهدوا عليه أنه أقر أنه حر الأصل : فالقاضی يقضی بحريته ولا ولاء عليه وليس لشريكه أن يضمنه بخلاف المسألة الأولی ، ولو شهدوا علی إقراره أن الذی باعه قد كان أعتقه قبل أن يبيعه: عتق من مال المشهود عليه ، وإن شهدوا علی إقراره أن الذی باعه قد كان دبره قبل أن يبيعه أو كانت أمة شهدوا علی إقراره أنها ولدت من البائع قبل البيع : فإنه يحال بين المشتری وبينهما ولا يعتق واحد منهما حتی يموت البائع ، وإذا مات عتقا ولا يسعيان لواحد منهما .

٨٦٤٨ :- ذكر البقالی فی فتاواه عن أبی يوسف رحمه اللّٰه فيمن شهد عليه رجل أنه قال سنة ست كل مملوك لی حر بعد موتی ، وشهد الآخر أنه قال ذلك سنة سبع ، وشهد الآخر أنه قال سنة ثمان ومات فيها ، يعنی سنة ثمان ، فقالوا : لا ندری رقيقه ؟ قال : من أقام من رقيقه بينة أنه كان له سنة ست عتق بشهادة الآخرين يعنی الأوسط والآخر ، هكذا ذكر معناه أن شهود هذا الرقيق شهدوا أنه كان له سنة ست مطلقا ولم يقولوا كان له سنة ست وقت مقالته ، أما لو قالوا إنه

كان له سنة ست وقت مقالته ذلك عتق بشهادة الكل ، قال : ومن أقام منهم بينة أنه كان له سنة سبع فإن شهدوا أنه كان له وقت مقالته ذلك فی سته سبع عتق بشهادة الأوسط والآخر وإلا لم يعتق ، ولا يعتق من كان له سنة ثمان .

٨٦٤٩ :- وإذا قال لعبده " إن دخلت دار فلان فأنت حر " وشهد فلان وآخر أنه دخل الدار : تقبل شهادتهما ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال له " إن كلمت فلانا فأنت حر " فشهد فلان وآخر أنه كلمه لا تقبل شهادتهما ، وإن شهد ابنا فلان أن العبد قد كلم أباهما : فإن كان الأب يدعى ذلك لا تقبل شهادتهما ، وإن كان يجحد فعلى قول أبی يوسف رحمه اللّٰه لا تقبل شهادتهما ، وعلى قول محمد تقبل .

الفصل العاشر فى تفويض العتق إلى الغير

٨٦٥٠ :- وإذا قال لأمته " أمرك بيدك " ينوى العتق : فهو على هذا المجلس ، وكذلك إذا قال لأجنبى " أمر أمتى فلانة بيدك " ينوى العتق : فهو على المجلس ، ولوقال لأمته " أعتقى نفسك " فهو على المجلس ، **وفى الولوالجية :** ولو قال لها " أعتقى نفسك " فقالت " قد اخترت نفسى " كان باطلا كما فى الطلاق .

٨٦٥١ :- م : ولو قال لأجنبى " أعتق أمتى فلانة " فهذا على المجلس وما بعده ، والجواب فى العتاق فى هذا نظير الجواب فى الطلاق ، وكذلك إذا قال لأمته أنت حرة إن شئت " تعتبر مشيئتها فى المجلس ، حتى لو شاء ت بعد ما قامت عن المجلس لا تعتق ، ولو قال لأمة من إمائه " أنت حرة وفلانة إن شئت " فقالت " قد شئت عتق نفسى " لا تعتق ، قال محمد فى الجامع : إذا قال رجل لغيره " من شئت عبيدى عتقه فأعتقه " وفهم المخاطب عتقهم جميعا معا : عتقوا جميعاً إلا واحدا منهم عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه والخيار إلى المولى ، وعند هما يعتقون جميعا ، هكذا ذكر فى المسألة فى رواية أبى سليمان ، وذكر فى رواية أبى حفص فأعتقهم المأمور جميعا معا عتقوا إلا واحدا منهم عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه والصحيح رواية أبى حفص ، وعلى هذا الاختلاف إذا قال " من شئت عتقه من عبيدى فهو حر " فشاء عتقهم جميعا : عتقوا عندهما ، وعند أبى حنيفة رحمه اللّٰه يعتق الكل إلا واحد ، وأجمعوا على أنه لوقال " من شاء عتقه من عبيدى فأعتقهم جميعا : عتقوا جميعا ، والخلاف فيما إذا كانت المشيئة مضافة إلى المخاطب لا إلى العبيد

٨٦٥٢ :- وفى الأصل : ولوقال لأمتين له " أنتما حرتان شئتما " فشاء ت إحداهما : فهو باطل ، ولو قال لهما " أيتكما شاء ت العتق فهى حرة " فشاء تا جميعا ، عتقتا ، ولو شاء ت إحداهما عتقت التى شاء ت ؛ ولو شاء تا فقال المولى " أردت إحداهما " : صدق ديانة لا قضاء ، والجواب فى العتق نظير الجواب فى الطلاق .

٨٦٥٣ :- وفى المنتقى : بشر عن أبى يوسف إذا قال لآخر " أعتق أى

عبيدى شئت " فأعتق المأمور كلهم جاز ، **وفى نوادر ابن سماعة :** عن أبى يوسف رحمه الله إذا قال لغيره " أعتق أى عبيدى شئت " فليس له أن يعتق أكثر من واحد ، ولو أعتق أكثر من واحد لم يقع على واحد منهم ، ولو قال " كل أى هذا الطعام شئت" فله أن يأكل كله ، فرق بين العبد والطعام على رواية ابن سماعة ، وفى رواية بشر عن أبى يوسف رحمه الله " الذين يشاؤون العتق فهم أحرار " فشاء واحد منهم : لا يعتق ، وإن شاء اثنان فصاعدا : عتقوا كلهم كأنه قال " إن شاء عبيد من عبيدى العتق فهم أحرار ، وكذلك لو قال " إن دخل عبيد من عبيدى الدار فهم أحرار " فدخل واحد : لا يعتق ، وإن دخل اثنان فصاعدا : عتقوا ، ففى الإملاء : عن محمد رحمه الله رجل قال لغيره " جعلت عتق عبيدى إليك " فليس له أن ينهاه وهو إليه فى مجلسه ، وكذلك لو قال " أعتق أى عبدى هذين شئت " وكذلك العتاق بالجعل .

٨٦٥٤ :- وفى الذخيرة : ولو قال الرجل فى صحته أو مرضه " إذا مت فأعتق عبدى هذا إن شئت ، أوقال : جعلت عتق عبدى بيدك بعد موتى " فلم يقبل الذى جعل إليه ذلك فى مجلسه حتى قام منه : كان له أن يعتقه بعد ذلك من ثلثه ، وكذلك لو قال " عبدى هذا حر بعد موتى إن شئت " كان حرا بعد موته إن شاء ذلك الذى جعل إليه بعد الموت ، فإن قام من مجلسه بعد موت المولى قبل أن يقول شيئا ثم قال بعد ذلك " قد شئت : وجبت الوصية ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصى أوالقاضى لأنه وصية : ولو نهاه عنه قبل موته جاز نهيه ، ابن سماعة عن محمد رحمه الله رجل قال لعبده " أفعل فى نفسك ما شئت " قال : إن أعتق نفسه قبل أن يقوم من مجلسه عتق ، وإن قام قبل أن يعتق نفسه لم يكن له أن يعتق نفسه بعد ذلك وله أن يبيع نفسه وأن يهب نفسه وأن يتصدق بنفسه على من شاء ، هشام قال : سمعت من محمد يقول فى رجل عاتبته امرأته فى جارية فقال "أمرها بيدك" فأعتقتها المرأة ، قيل : إن نوى المولى العتق عتقت ، وإلا كان هذا على البيع ، وإن قال " أمرك فيها جائز " فهذا على العتق وغيره ، **وفى الخانية :** رجل قال لغيره " جاريتى هذه لك على أن تعتق عنى عبدك فلانا " فقبل فلان ذلك

وقبض الجارية : لم تكن الجارية له حتى يعتق العبد عن الآمر ، **وفيها :** رجل أعتق عبدا له عن أبيه الميت جاز ويكون الولاء له وللأب ثواب الإعتاق .

٨٦٥٥ :- م : وفى وكالة الأصل : الوكيل بالإعتاق بمال لا يملك أن يقبض المال إذا أعتق ، **وفيه أيضا :** الوكيل بالإعتاق مطلقا لا يملك التدبير كالكتابة والإعتاق على مال ، وكذا لا يملك التعليق بالشروط والإضافة إلى الأوقات ، وإذا قال لعبده " أعتق نفسك بما شئت " فأعتقه على دراهم فهو جائز إذا رضى به المولى، وعلى هذا الخلع والطلاق ، وهذا إذا لم يكن البدل مسمى ، ولو كان البدل مسمى فى هذه العقود وقال العبد " أعتقت نفسى على كذا ، أوقالت المرأة : خلعت نفسى على كذا "جاز ولا يشترط رضا المولى بعد ذلك ، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية ، فعلى ظاهر الرواية جوز توكيل الواحد من الجانبين إذا كان البدل مسمى ، ولم يجوز ذلك إذا لم يكن البدل مسمى ، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى نوادره أنه جوز توكيل الواحد من الجانبين فى هذه العقود وإن لم يكن البدل سمى ، وبعض مشايخنا صححوا رواية ابن سماعة .

٨٦٥٦ وفى السراجية : لوقال لعبده " أنت حر إن شئت غدا " فالمشيئة إليه فى الحال ، ولو قال " أنت حر غدا إن شئت" فالمشية إليه فى الغد ، وإذا قال لعبده " "أنت حر غدا " ثم بداله : فالسبيل أن يخرجه عن ملكه إلى ملك من يثق عليه قبل مجيء الغد ثم إذا مضى الغد يستوهبه ولا يعتق .

٨٦٥٧ :- وفى الأصل : إذا قال لعبده " أنت حر متى شئت ، أو : إذا شئت ، أو : كما شئت " فقال العبد " لا أشاء ثم باعه ثم اشتراه ثم شاء العتق ، فهو حر ، والجواب فى العتق نظير الجواب فى الطلاق ، ولوقال له " أنت حر حيث شئت " وقام عن المجلس بطل العتق ، ولو قال له " أنت حر كيف شئت " فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يعتق من غير مشيئة ، وعندهما لا يعتق من غير مشيئة ، **وفى شرح الطحاوى :** ولو قال لعبده " أنت حر إن شاء الله " لم يعتق ، وكذلك لو قال " أنت حر بمشيئة الله أو : إن لم يشأ الله أو : ماشاء الله ، أو قال : إن شاء هذا

الحائط ، أو قال : إن لم يشأ هذا الحائط " لايقع فى هذا كله ، ولو قدم المشيئة فقال " إن شاء الله فأنت حر " لم يعتق ، ولو قال " أنت إن شاء الله حر " لا يعتق فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ، وفى قول محمد يعتق ، ولو قال " إن شاء الله وأنت حر " لا يصح الاستثناء ويعتق بالإجماع ، وإن علق بمشيئة الغير فقال " أنت حر إن شاء فلان " يتعلق بمشيئة فلان ما دام فى مجلسه ويتعلق بمجلس علمه، ولو قال " أنت حر إن لم يشأ فلان " فإن قال فلان " شئت " فى مجلس علمه : لا يقع، ولو قال " لا أشاء " لا يقع ، لا بقوله " لاأشاء " ولكن لإعراضه عن المجلس واشتغاله بشيء آخر ، ألا ترى! أنه إذا قال " إن لم يشأ فلان اليوم فأنت حر " فإن قال "شئت " لا يقع ، ولو قال " لا أشاء لم يقع أيضا ، ولو علق بمشيئة نفسه فقال " أنت حر إن شئت ' فما لم يشأ فى عمره لا يقع ولا يقتصر على المجلس لأن الإعتاق بيده فلا يكون تفويضا، ولو قال " أنت حر إن لم أشأ " فإن قال " شئت ' لا يقع ، وإن قال " لا أشاء " لا يقع لأنه له أن يشاء بعد ذلك حتى يموت ، ويجوز للرجل بيع العبد وإخراجه عن ملكه فى العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط .

الفصل الحادى عشر فى التدبير

فى التجريد : التـدبير إثبات العتق عن دبر منه ، وأنه عتق معلق بمطلق الموت **م :** هذا الفصل يشتمل على أنواع .

نوع فى بيان صورته وصفته وحكمه

٨٦٥٨ :- فنقـول : التـدبيـر نوعان : مطلق ومقيد ، أما الطلق فصورته أن يقـول المـولى لعبده " إذا مت فأنت حر ، أو يقول : إن مت فأنت حر ، أو يقول : أنت حر بعد موتى أو يقول : دبرتك ، أو يقول : أنت مدبر " ، **وفى الخلاصة :** التـدبيـر المطلق ثلاثة أنواع من الألفاظ : صريح اللفظ كقوله " أنت مدبر ، أو : دبرتك " والثانى لفظ اليمين كقوله " إن مت فأنت حر " ، والثالث لفظ الوصية كقوله " أوصيك برقبتك ، أو: بثلث مالى " ونحوها من ألفاظ تنبىء عن العتق بعد الموت ، **وفى الينابيع :** ولوقال " أنت مدبر بعد موتى " فهو بمنزلة " أنت حر بعد موتى " وكذلك " أعتقتك بعد موتى " .

٨٦٥٩ :- م : فالحاصل : أن المدبر المطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى ، ومن حكمه : أن لايجوز بيعه عند علمائنا ، ولو قضى قاض بجواز بيعه ينفذ؛ لأن المسألة مختلفة والموضع موضع الاشتباه ، **وفى الينابيع :** وحكمه أن يعتق بعد الموت من الثلث ، وإن كان على المولى دين سعى فى جميع قيمته .

٨٦٦٠ :- م : فأما التدبير المقيد فصورته أن يقول الرجل لعبده " إن مت من مرضى هذا ، أو يقول : إن مت من سفر كذا فأنت حر " ، **وفى التجريد :** ولو ضم إليه معنى يحتمل أن يوجد ويحتمل أن لا يوجد فليس بمدبر ويجوز بيعه ،

٨٦٥٩ :- أخرج الدار قطنى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المدبر لايباع، ولا يوهب ، وهو حر من الثلث ، سنن الدار قطنى ، المكاتب ، ٧٨/٤ ، برقم ٤٢٢٠ - السنن الكبرى للبيهقى ، المدبر ، باب من قال لا يباع المدبر ٥١٤/١٥ ، برقم ٢٢١٨٩ .

وفى الهداية : ومن المقيد أن يقول ' إن مت إلى سنة ، أو : إلى عشر سنين " **م :** وله صور كثيرة تأتى بعد هذا إن شاء اللّٰه تعالىٰ .

٨٦٦١ :- الحاصل أن المدبر المقيد من لايكون عتقه معلقا بمطلق موت المولى ، وهذا التدبير لا يمنع جواز بيعه ولكن إذا لم يبعه ووجد الشرط يعتق، **وفى الينابيع :** وفى الحياة لمولاه أن يتصرف فيه جميع التصرفات من البيع والتمليك وغير ذلك ، **م :** وإذا قال لعبده " أنت حر يوم أموت " إن لم ينو النهار دون الليل : كان مدبرا مطلقا فكأنه قال " أنت حر وقت أموت " ، وإن نوى النهار دون الليل، كان مدبرا مقيدا ، **وفى الخانية :** ويصير كأنه قال " أنت حر بعد موتى فى النهار " فلم يكن العتق معلقا بمطلق الموت ، **م :** ولو قال له " أنت حر بعد موتى وموت فلان ، أو قال : بعد موت فلان وموتى " فهذا لا يكون مدبرا مطلقا فى الحال ، فإن مات فلان أولا ، الغلام فى ملك المولى : يصير مدبرا مطلقا ، وإن مات المولى قبل موت فلان : لا يصير مدبرا وكان للورثة أن يبيعوه ، **وفى الينابيع :** ولكن ينبغى للوصى أن يعتقه ، **وفى الكافى :** ولو قال " إن مات فلان أومت أنا فأنت حر ، أو قال : إذا مت أنا أو مات فلان " فإنه لايصير مدبرا ، وعند زفر يصير مدبرا ، **م :** ولو قال: إذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى " فكلم فلانا : يصير مدبرا، **وفى المنتقى :** قال محمد : عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد " إن مت أنا وفلان ، يعنى شريكه ، فأنت حر " لم يكن مدبرا ؛ وكذلك لو قال الآخر مثل ذلك ، وإن مات أحدهما صار العبد مدبرا من الآخر .

٨٦٦٢ :- وفى الأصل : لو قال لعبده " أنت حر بعد موتى إن شئت " فإن المولى ينوى فى ذلك؛ لأن قوله " إن شئت " يجوز أن يكون المراد منه المشيئة فى الحال ويجوز أن يكون المراد منه المشيئة بعد الموت ، فإن كان أراد به الساعة صحت نيته ؛لأنه نوى ما يحتمله اللفظ ، وإذا قال العبد ساعتئذ " شئت " يصير مدبرا ، ويصير تقدير المسألة " أنت حر بعد موتى إن شئت الساعة ، وهناك إذا شاء

الساعة يصير مدبرا ، وإن كان أراد المشيئة بعد الموت صحت نيته أيضا ، وكذلك إذا لـم يـكـن له نية تكون له المشيئة بعد الموت ، **وفـى الينابيع :** إذا قال " أنت حر بـعـد مـوتـى إن شئت الساعة " فشاء العبد من ساعته : فهو حرمن الثلث بعد موت المولى ، فإن مات فشاء عند موته : عتق من الثلث بغير تدبير ، وكان أبو بكر الرازى يقول : يجب أن لا يعتق حتى يعتقه الورثة ، ولو قال " أنت حر إن شئت بعد موتى " فـمات وقام العبد من مجلسه الذى علم [فيه] بموته أو أخذ فى عمل آخر : فإنه لا يسقط شيئا مما جعل إليه ، **م :** وذكـر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه أنه إذا مات الـمـولى فشاء العبد عتقه فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا التدبير ، **وفى الظهيرية :** ولـو قال لعبده " أنت حر بعد موتى الساعة " يعتق بعد الموت رجل قال لأمته " إن دخـلـت هذه الدار فأنت حرة بعد موتى " فباعها ودخلت الدار ثم اشتراها ثم مات وهى فى ملكه : لم تكن مدبرة لبطلان اليمين بدخول الدار فى غير ملكه .

٨٦٦٣ :- وفى السراجية : إذا قال " كل مملوك حر بعد موتى ' فالموجود فى ملكه يصير مدبرا مطلقا ، والحادث بعد اليمين يصير مدبرا مقيدا ، ولو قال " إن مـت فـعبـدى حر " فقتل: عتق عبده،**وفـى الولوالجية:** قـال أبـويوسف: إنه إذا قال "أنت حر إن مت أو قتلت " فليس بمدبر ، وقال زفر : هو مدبر ، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه اللّٰه أنه قال " إذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت " فليس بمدبر ، ولـو مـات وهـو فى ملكه : يعتق من الثلث ، ولو قال " أنت مدبر على ألف درهم " ثم قتل فهو مدبر والمال ساقط ، **وفى التجريد :** وروى عن محمد إذا قال لغيره " إذا مـت فـأعتـق عبـدى هـذه إن شـئـت ، أو: إذا مـتّ فـأمر عبدى بيدك " ثم مات فشاء فى المجلس أو بعده : فله أن يعتقه ، وكذلك لو قال " عبدى هذا حر بعد موتى إن شئت " .

٨٦٦٤ :- وفى جامع الجوامع : شهد واحد أنه دبره مطلقا والآخر مقيدا : لا تـقبل ، ولو شهد أنه قال " هذاحرّ بعد موتى لا بل هذا"عتقا من ثلثه ،**وفى المنتقى :** ابـن سـمـاعة عن محمد إذا قال لعبده " إذا مت فأنت حر إن شئت " فالمشيئة بعد

الـموت " وقال أبو حنيفة رحمه الله : المشيئة على المجلس الساعة ، قال محمد : وكـذلك إذا قـال " إن شـئـت فـأنت حر بعد موتى " فالمشيئة بعد الموت ، وذكر المعلى عن أبى يوسف رحمه الله فى الإملاء : رجل قال لعبده " أنت حر بعد موتى إن شـئـت ، أو قال إن شئت فأنت حر بعد موتى " فالمشيئة للعبد فيهما جميعا بعد الموت فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبويوسف رحمه الله : إذا قدم المشيئة فـالمشيئة للعبد الساعة ، وإذا أخر فالمشيئة له بعد الموت ، **وفى المنتقى** أيضا عن مـحـمـد : إذا قـال لـعبـده " أنت حر بعد موتى إن شئت ذلك بعد موتى " فقام عن مـجـلسـه الـذى علم بموت المولى فيه : لم يبطل ما جعل إليه حتى يقول " أبطلت الوصية والمشيئة فى ذلك " ، وإن نهاه عن ذلك فى حياته بطل .

٨٦٦٥ :- وفى الأصل : ولـو قال له " أنت حر بعد موتى إن دخلت الدار " لا يـصـح هـذا التـصرف عندنا أصلا ، بخلاف ما إذا قال : " أنت حر بعد موتى إن شـئـت " ، وإذا قال لعبده " أنت حر بعد موتى بيوم ، أوقال : بشهر " فهذا لا يكون مدبرا حتى لا يعتق بعد موت المولى بمضى يوم أو بمضى شهر ما لـم يعتقه الوصى، **وفى النوازل :** يسل أبو بكر عن رجل قال لعبده " أنت حرقبل موتى بشهر ' وهو صحيح فـمـضـى شهر ثم مات ؟ قال : يعتق فى قولهم جميعا من الثلث ، وقال أبو القاسم : عتق مـن جميع المال فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، قال الفقيه : القول ما قال أبو القاسم ، **وفى الحجة :** وقـال مـحمد : لو جنى قبل الشهر جناية دفع بالجناية، ولو لحقه دين بيـع فيـه ، فهـذا يـدل على بطلان هذا التصرف ، ولكنهم استحسنوا فجعلوه وصية بـالـعتـق ، وإذا قـال " أنت حر قبل موتى بشهر " فليس بمدبر ، وإذا مضى شهر قبل مـوت الـمـولى وهو فى ملكه فهو مدبر عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر رحمه الله: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : ليس بمدبر ، وذكر فى الجامع الكبير وقال : لا أجـعـلـه مدبرا ويجوز بيعه ، ولم يذكر فيه خلافا ، وحكى عنهما فى النوادر أنه يـصير مدبرا ، **وفى السراجية :** إذا قـال لعبده " أوصيت لك بروحك ، أو : برقبتك " صار مدبرا ، **م :** وإذا قـال " أنـت حر إن مت ما بين سنة " فهذا مدبر مقيد يجوز بيعه ،

وفى الينابيع : ولـو قـال " إن مـت إلى مائتى سنة فأنت حر " ومثله لا يعيش إلى تلك المدة غالبا فهومدبر مطلق فى رواية الحسن عن أبى حنيفة .

٨٦٦٦ :- وفى النوازل : قال فى الجامع الكبير : إن رجلا قال لعبده " أنت حـر قبـل مـوتـى بشهر " ثم كاتبه ولم يود الكتابة حتى مضى الشهر ومات الرجل : فإنه يعتق فى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه وبطلت عنه الكتابة ولم يجب عليه السعاية، فإن أدى بعض الكتابة فله أن يأخذ ، **م :** ولو قال لعبده " أنت مدبر على ألف درهم " فـقبـل فهو مدبر والمال ساقط ، **وفـى المنتقى :** بشـر عـن أبى يوسف رحمه اللّٰه رجـل قـال لـعبـده " أنـت مـدبـر عـلى ألف درهم " قال أبو حنيفة: القبول إليه بعد الـمـوت ولـلـمولى أن يبيعه قبل الساعة المال أو لم يقبل ، فإذا مات وهو فى ملكه فـإن قـال " قـد قبلت أداء الألف " عتق كأنه قال " أنت حر بعد موتى بألف " وقال أبـو يـوسف رحـمـه اللّٰه : إن لـم يقبل الساعة فليس له أن يقبل بعد ذلك ، وإن قبل السـاعة كان مدبرا وعليه ألف درهم إذا مات سيده ، وإن لم يكن له مال غيره سعى فـى الأكثر من الألف وثلثى القيمة ، **وفـى شرح الطحاوى :** وإذا قـال الرجل لعبده "أنـت حـر على ألف درهم بعد موتى ، أوقا ل: إذا متّ فأنت حر على ألف درهم " فـإنه يحتاج إلى القبول بعد الوفاة " فإن قبل بعد الوفاة فلا يعتق حتى يعتقه الورثة أو الوصى ، **وفى الخلاصة :** أوالـقـاضـى ، وهذا هوالصحيح ، ثم الوصى يملك عتقه تـحـقيـقـا لا تـعـليـقـا حتـى أنه لو قال له " إن دخلت الدار فأنت حر " فانه لا يعتق بـدخـول الـدار، والـوارث يملك عتقه تحقيقا وتعليقا ، حتى لو علقه بدخول الدار يـعتـق بدخولها ، وكذلك لو أعتقه عن كفارة يمينه يكون عن الميت ولايكون عن الـكفارة والولاء من الميت لامن الوارث ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ومحمد رحـمـه اللّٰه ، وروى عـن أبى يوسف فى الإملاء أنه قال: إذا قال: إذا مت فأنت حر عـلـى ألف درهم " فالقبور فى هذا فى حالة الحياة لا فى حالة الوفاة ، فإذا قبل صح التـدبيـر ولا يـلـزمـه الـمال ، وأجمعوا أنه لو قال " أنت حر ألف درهم بعد موتى " فالقبول فى هذا بعد الوفاة لا فى حال الحياة .

٨٦٦٧ :– م : وعتق المدبر يعتبر من ثلث المال مطلقا كان أو مقيدا ، وهو مذهب علي والحسن وسعيد بن المسيب وشريح وابن سيرين رضی اللّٰه عنهم ، وقد صح برواية ابن عمر رضی اللّٰه عنهما أن رسول اللّٰه صلی اللّٰه عليه وسلم جعل المدبر من الثلث ، قوله فی الكتاب : وعتق المدبر من ثلث المال ، أراد به بعد الدين، حتی أنه إذا كان علی الميت دين مستغرق بماله وبقيمة المدبر فالمدبر يسعی فی جميع قيمته للغرماء ، وإن لم يكن علی الميت دين فهو حر من ثلث ماله حتی أنه إذا لم يكن له مال آخر سوی المدبر يسعی فی ثلثی قيمته مدبرا للورثة ومعرفة قيمة المدبر تأتی بعد هذا إن شاء اللّٰه تعالیٰ ، **وفی اليتيمة :** سئل عبد الرحيم الحسنی عمن دبر أمته ثم مات وترك مالا تخرج هی من ثلث ماله فهلكت التركة قبل أن تصل إلی يد الورثة هل لهم حق السعاية ويجعل المال بالهلاك كأن لم يكن؟ فقال : نعم ، **وفی السراجية :** المدبر إذا قتل مولاه خطأ سعی فی قيمته ، **وفی الظهيرية :** ولا يتبع الولد الأم فی التدبير المقيد ، ويتبعها فی المطلق إن كانت حاملا حين دبرها ، **م :** وإذا قال لعبده " إن متّ فلا سبيل لأحد عليك يصير مدبرا" وإذا قال لعبده " أوصيت لك برقبتك " فقال " لا أقبل ، فهو مدبر ورده ليس بشیء ، رواه ابن رستم عن محمد .

نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٦٨ :– قال محمد **فی الأصل :** إذا قال الرجل " كل مملوك لی حر بعد

٨٦٦٧ :– أخرج البيهقی عن ابن عمر رضی اللّٰه عنه قال : قال رسول اللّٰه عليه وسلم : المدبر من الثلث ، السنن الكبری للبيهقی ، المدبر ، باب المدبر من الثلث ١٥/٥١٥ برقم ٢٢١٩١ .

مصنف ابن أبی شيبة ، البيوع الأقضية ، فی المدبر من أين هو ؟ ١١/٢٧٧ ، برقم ٢٢٢٩٢، ٢٢٢٩٧، ٢٢٢٩٩ .

قول المصنف : حتی أنه إذا كان علی الميت دين الخ ، أخرج ابن أبی شيبة عن الزهری : فی رجل دبّر غلاماً له ، ثم مات وعليه دين ، قال : يسعی فيه ، مصنف ابن أبی شيبة ، البيوع والأقضية ، فی الرجل يد بر غلامه ثم يموت وعليه دين ١١/٦٤٣ ، برقم ٢٣٥٦٦.

وأخرج عبد الرزاق عن قتادة قال: إذا كان علی سيده دين استسعی فی ثمنه ، مصنف عبد الرزاق ، المدبر ، باب بيع المدبر ٩/ ١٤١ ، برقم ١٦٦٦٩

موتی ، أو قال : كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتی " قال : ما كان فی ملكه يوم قال هذه المقالة فهو مدبر ، **وفی السغناقی :** مطلق ، **م :** لا يجوز بيعه ، وما يملكه بعد ذلك لا يصير مدبراً ، **وفی السغناقی :** أی مدبرا مطلقا ولكن هو مدبر مقيد عند أبی حنيفة رحمه الله ومحمد ، **م :** ويجوز بيعه ، ولكن إذا بقی فی ملكه إلی وقت الموت يعتق من ثلث ماله مع المدبر ، وقال أبو يوسف : ما يملكه بعد هذه المقالة لا يعتق بموته ، **وفی الكافی :** ولوقال " كل مملوك لی إذا مت فهو حر " فعلی هذا الخلاف ، **م :** وعن أبی يوسف برواية ابن سماعة أن الحالف لو قال " نويت كل مملوك لی يومئذ " يدخل فيه ما يستفيده ، ولم يصدق علی مافی يده وهم مدبرون، قال الحاكم أبو الفضل : هذا خلاف الأصل ، وإذا قال " كل مملوك لی بعد موتی " فلا يدخل تحته مملوك بينه وبين غيره ، **وفی الخانية :** ولو قال " إذا ملكت فلانا فهو حر بعد موتی " فملكه : كان مدبرا ، **وفی الذخيرة :** رجل قال " هذه أمتی إن احتجت إلی بيعها أبيعهاوإن بقيت بعد موتی فهی حرة " فباعها : جاز ، هكذا أفتی الصدر الشهيد والمشايخ بسمر قند .

نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٦٩ :- وتدبير الصبی عبده لا يصح ، ويستوی فيه التنجيز والتعليق ببلوغه ، حتی إذا قال الصبی لعبده " إذا أدركت فأنت حر بعد موتی " لا يصح ، وكذلك المجنون والمعتوه الغالب لا يصح تدبيرهما ، ويصح تدبير السكران ، وكذا المكره علی التدبير إذا دبر يصح تدبيره ؛ وإنما يصح باعتبار العتق لا من حيث

٨٦٦٩ :- أخرج الترمذی عن علی رضی الله تعالیٰ عنه أنّ رسول الله صلی الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتی يستيقظ ، وعن الصبی حتی يشبّ، وعن المعتوه حتی يعقل ، سنن الترمذی ، الحدود ، باب ماجاء فيمن لا يجب عليه الحد ٢٦٣/١ ، برقم ١٤٤٣ .

وأخرج ابن أبی شيبة عن الشعبی قال : ليس عتق الصبی ، ولا نكاحه ، ولا شیء من أمره بشیء ، مصنف ابن أبی شيبة ، الطلاق ، ما قالوا فی طلاق الصبیّ ٥٥٢/٩ ، برقم ١٨٢٤٤ .

أنـه وصية فـإن الوصية من المكره لا تصح ، والمكاتب إذا دبر مملوكاً من كسبه لا يصح تدبيره ، وكذا العبد المأذون له بالتجارة إذا دبر لا يصح تدبيره ، وإذا قال لغيره " دبر عبدى " فأعتقه المأمور لا يصح ، وإذا جعل الرجل أمر عبده إلى صبى فـقـال " دبره إن شئت " فدبره فهو جائز سواء كان الصبى يعقل أولا يعقل : وإذا جـعـل أمر عبده فى التدبير إلى رجلين فدبر أحدهما لا يصح ، بخلاف ما إذا قال لهـمـا " دبـراه " فدبر أحدهما حيث يصح ، وإن دبر عبده ثم ذهب عقله فمات : فـالتـدبيـر عـلـى حـالـه وإن كـان فيه معنى الوصية ، بخلاف ما إذا أوصى برقبته لإنسـان ثـم جـن ثم مات حيث تبطل الوصية ، ولو قال " يوم أدخل الدار فعبدى هـذا حـر بعد موتى " فذهب عقله ثم دخل الدار : كان مدبرا ، وفى اختلاف زفر ويـعـقـوب : إذا قـال لعبده " إن مت أوقتلت فأنت حر " فعلى قول زفر هو مدبر ، وعلى قول أبى يوسف رحمه اللّٰه: لا يكون مدبراً .

نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٧٠ :- كـل تـصرف وقع فى الحر نحو الإجارة والاستخدام والتزويج لا يمتنع فى المدبر والمدبرة ، حتى أن المولى يملك إجارة المدبر والمدبرة والاستخدام

٨٦٧٠ :- أخـرج الدار قطنى عن جابر بن عبد اللّٰه قال : قال رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وسلم : لا بأس ببيع المدبر إذا احتاج ، سنن الدار قطنى ، المكاتب ، ٤/٧٧ ، برقم ٤٢١٧ .

وأخـرج البيهـقـى عـن أبـى جعفر محمد بن علىّ عن النبى صلى اللّٰه عليه وسلم إنما بـاع خـدمة الـمـدبـر ، السـنـن الـكبرى للبيهقى ، المدبر ، باب المدبر بيعه متى شاء مالكه ١٥/٥١١ ، برقم ٢٢١٧١ .

قول المصنف : ويـجوز كتابته أيضا ، أخرج البيهقى عن أبى هريرة رضى اللّٰه عنه قال: دبرت امرأة مـن قـريـش خادماً لها ، ثم أرادت أن تكاتبه ، فكتب إلى أبى هريرة رضى اللّٰه عنه فقال : كاتبه ، فإن أدّى مكاتبه فذلك ، فإن حدث ، يعنى ماتت ، عتق ، وأراه قال : ما كان لها ، يـعـنـى مـا كـان لهـا مـن كتابته شىء ، السنن الكبرى للبيهقى ، المدبر ، باب كتابة المدبر ، ١٥/٥١٦ ، برقم ٢٢١٩٧ .

وتزويجهما ، وكل تصرف لا يقع فى الحر نحو البيع والأمهار ، **وفى شرح الطحاوى:** والهبة والصدقة ، يمتنع فى المدبر حتى أن المولى لا يملك بيعه وأمهاره وتجوز كتابته أيضا ولا يجوز رهنه ، واكتساب المدبر والمدبرة للمولى ، وكذلك أرشهما ومهرها للمولى ، وولاؤهما للذى دبر لا ينتقل عنه حتى أن المدبر إذا كان بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر وضمن قيمة نصيب شريكه عتق المدبر ولم يتغير الولاء .

نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٧١ :- عبد بين رجلين دبره أحدهما فعلى قول أبى يوسف و محمد رحمهما اللّٰه يصير الكل مدبرا ، **وفى شرح الطحاوى :** ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا ، فإذا مات عتق من الثلث والولاء له ، **م :** وعلى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه يقتصر التدبير على نصف المدبر ، وللشريك الساكت فى نصيبه خيارات خمسة عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه إن كان المدبر موسرا : إن شاء دبر نصيبه ، **وفى شرح الطحاوى :** كما دبر هو فكان مدبرا بينهما فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث ويسعى فى نصيب قيمته للثانى ، إلا إذا مات الآخر قبل عقد السعاية بطلت السعاية ، **م :** وإن شاء أعتق ، **وفى شرح الطحاوى :** فإذا أعتق صح عتقه ، وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف القيمة مدبرا والولاء بينهما، وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن ، وإن شاء المدبر أعتق وإن شاء استسعى العبد ، **م :** وإن شاء استسعاه فيعتق ، **وفى شرح الطحاوى :** إذا أدى ذلك النصف فللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه ، فإذا أدى عتق كله ، وإن مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله ، **م :** وإن شاء تركه كذلك ، **وفى شرح الطحاوى :** فإذا مات يكون نصيبه موروثا عنه للورثة فيكون الخيار للورثة فى العتق والسعاية ونحوه ، وإن مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد فى نصف قيمته والولاء بينهما ، **م :** وإن شاء ضمن المدبر قيمته نصيبه، **وفى شرح الطحاوى :** وإذا كان موسرا فالولاء

كـله للمدبر ، وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد ، فإن لم يرجع حتى مات عتق نصيبه من ثلث المال وسعى فى النصف الآخر كاملا للورثة .

٨٦٧٢ :– م : وخيـارات أربـعة إن كـان المدبر معسرا وليس له حق تضمين المدبر فى هذه الصورة ، حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى أنه كان يقول : فى المسألة روايتان : على رواية الجامع ليس للساكت أن يعتق نصيبه ، وكان يأخذ بهذه الرواية، وإن أعتـق نصيبه كان للمدبر خيارات ثلاثة فى نصيبه إن كان المعتق موسرا : إن شاء أعتـق نـصيبـه ، وإن شـاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا ، وإن شاء استسعى العبد فى قيـمة نـصيبه مدبرا ، وإن اختار الساكت استسعاء العبد واستسعاه فى قيمة نصيبه عتق نـصيبـه بأداء السعاية ، وكان للمدبر فى نصيبه خياران : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسـعـى الـعبـد فى نصيبه ، وليس له أن يضمن المعتق نصيبه وإن كان موسرا ، وإن اختـار السـاكـت تـرك نصيبه على حاله فله ذلك ، وإن اختار الساكت تضمين المدبر وضـمـنه قيمة نصيبه موسرا صار نصيب الساكت مملوكا للمدبر فيكون نصف العبد رقيـقـا ونـصفه مدبرا ، وكان للمدبر فى النصف الذى ملكه من جهة صاحبه خيارات أربعة : إن شاء أعتقه ، وإن شاء استسعاه ، وإن شاء دبره ، وإن شاء تركه على حاله .

٨٦٧٣ :– ولا بـد مـن معرفة قيمة المدبر تكلم المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يـنـظـر بـكـم يستخدم هذا مدة عمره ، **وفـى الخانية :** مـن حيـث الحزر والظن ، **م :** وبـعضهم قالوا : يقوم فائت المنفعة التى تفوت بالتدبير ، قالوا : وإلى هذا أشار محمد فى بعض الكتب ، وبعضهم قالوا : يعتبر نصف قيمته لو كان قنا ، وإلى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين ، **وفى السراجية :** هـو المختار ، وبعضهم قالوا : يعتبر ثلث قيمته لو كان قنا ، **وفى الذخيرة :** وبـعـضهم قالوا : يسأل عن المقومين أن العلماء لو اتفقوا عـلى جواز البيع فى المدبر بكم يشترى هذا على أن المشترى أحق بمنافعه دون رقبته وعـلـى أن يـعتـق بـموته ، فإن قالوا " بمائة " يجب ذلك القدر ، **وفـى نـصاب الفقه :** والـصـحيـح مـا قاله خواهر زاده وهو ثلث قيمة العبد ، وعليه الفتوى ، **م :** وإن كانت الأمة بين رجلين قالا لها جميعا " أنت حرة بعد موتنا " فإن هذه لا تكون مدبرة ، وإن

مـات أحـدهما بعد هذه المقالة فإن نصيب الآخر بقى معلقا بمطلق موته ، فإذا صار نصيبه مدبرا كان لورثة الميت من الخيار عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ما كان له كان حيا .

٨٦٧٤ :- مدبرة بين رجلين فمات أحدهما : عتق نصيبه منها وسعت للآخر فـى قيـمة نصيبه ولا ضمان له فى تركة الميت ولكن الجارية تسعى للحى فى نصيبه ، **وفى شرح الطحاوى :** عبد بين الشريكين دبرا معا فقال كل واحد منها " قد دبرتك " أو قال كل واحد " نصيبى منك مدبرا " أو قال كل واحد " إذا مت فأنت حر " أوقال كل واحد منهما " أنت حر بعد موتى " وخرج الكلامان منهما معا : صار مدبرا لهما، فـإذا مـات أحدهما عتق [نصيبه] من الثلث والآخر [بالخيار] إن شاء أعتق وإن شاء استسعـى ؛ وإن مات قبل أخذ السعاية بطلت السعاية ، ولو أنهما قالا " إذا متنا فأنت حر " وخرج الكلام منهما معا : لا يصير مدبرا.

٨٦٧٥ :- قال : وإذا كانت المدبرة بين رجلين جاء ت بولد فادعاه أحدهما، فهـذا لا يـخـلـو : إمـا أن يـدعيـه أحـدهما أو يدعيانه جميعا معا ، فالقياس فى ذلك أن لاتـصـح الـدعوة ، وهو قول زفر والطحاوى ، وأما فى الاستحسان تصح ، فإن ادعياه جـميعا ثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما وبطل التدبير ، وأما إذا ادعى أحدهما فقد ثبت النسب منه وصار نصيبه من الجارية أم ولد له ، وغرم نصف الجارية مدبرة لشريكه الآخر ويغرم قيمة الولد مدبرا للآخر ، وهذا فى قولهم جميعا ، فإن مات الـذى ولدت الجارية منه أو عتق نصيبه بغير شيء : لا تصير أم ولد له وتسعى فى نصيب الآخر فى قولهم جميعا ، فإذا مات الآخر قبل أن يأخذ السعاية : سقطت عنها السعاية إن أخـرجـت مـن ثـلـث مـال الباقى فى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وفى قولهما لا تسقط السعـاية عـنها بموت الباقى ، ولو أن الذى لم تلد منه مات أو أعتق نصيبه من الثلث : لا تسعى فى نصيب الآخر فى قول أبى حميفة رحمه اللّٰه ، وفى قولهما تسعى .

نوع آخر

٨٦٧٦ :- وفى الكافى : ولـو قال فى صحته لعبده ومدبره " أحد كما مدبر

والآخر حر" ولا مال له غير ومات قبل البيان : عتق القن من كل المال والمدبر من الثلث ، ولو عكس فقال " أحدكما حر والآخر مدبر " فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف ، وعند محمد يعتق نصف كل واحد من كل المال والنصف بالتدبير من الثلث ، وكذا لو قال " أحدكما حر والآخر مدبر " : يعتق القن والمدبر، مدبر بحاله ، وهذا قولهم ، ولو قال لمدبريه " أحد كما فخرج أحدهما ودخل قن فقال "أحدكما مدبر": عتق الخارج ، ولو قال لمدبريه وقن " أحدكم مدبر وأحد الباقيين حر " : عتق نصف القن وربع كل واحد منهما بالإيجاب الثانى ، ولو قدم العتق فقال " أحدكم حر وأحد الباقيين مدبر " : عتق ثلث كل واحد بالإعتاق ، ولو " أحدكم مدبر والباقيان حران " : عتق القن ونصف كل مدبر بالإعتاق ، ولو قدم العتق فقال" أحدكم حر والباقيان مدبران " : عتق ثلث كل واحد بالإعتاق .

٨٦٧٧ :- ولو قال لمدبر وقنين " أحدكم مدبر والباقيان حران " : عتق القنان من كل المال : ولو عكس وقال " أحدكم حر والباقيان مدبران " : عتق ثلث كل واحد بالإعتاق وثلثا كل واحد منهم من الثلث بالتدبير ، وكذا لو كانوا عبيدا فقال "أحدكم حر والباقيان مدبران " : عتق ثلث كل واحد من كل المال والباقى بالتدبير ، ولو عكس فقال " أحدكم مدبر والباقيان حران " : عتق من كل واحد ثلثاه من كل المال وما بقى من الثلث .

٨٦٧٨ :- ولو قال لمدبر وقنين قيمتهم سواء فى صحة ولامال له غيرهم "اثنان منكم حران أو مدبران " ومات : يعتق من المدبر خمسة أسباعه وسعى فى سبعيه ، من كل واحد من العبدين ثلاثة أسباعه وثلث سبعه ويسعى فى ثلاثة أسباعه ، فإن مات المدبر قبل أن يسعى : سعى كل واحد من العبدين فى ثمانية وعشرين من أحد وخمسين من قيمته ، وإن مات أحد العبدين أيضا : سعى الباقى فى ثمانية وعشرين من ستة وأربعين ونصف (من قيمته) وإن مات العبدان وبقى المدبر : سعى فى ثمانية وعشرين جزء من أربعة وخمسين (من قيمته) ، وإن مات

أحد العبدين فقط : سعى المدبر فى ثلاثة وعشرين من ثمانية وخمسين ونصف من قيمته والعبد فى ثلاثة وثلاثين من ثمانية وخمسين ونصف قيمته ، ولو قال " أنتم أحرار أو مدبرون " ومات قبل بيانه : عتق نصف كل واحد منهم بالبات وصار نصف كل قن مدبرا فصار كل واحد منهما مدبرا ، وإن مات قبله : عتق المدبر المعروف ونصف كل واحد من العبدين بالتدبير من ثلث ماله ، وإن لم يكن له مال سواهم صار الثلث بينهما نصفين : نصف للمدبر المعروف ونصف لهما ، ولو قال " كل واحد منكم حر أو أنتم مدبرون " فهو كقوله " أنتم أحرار أو مدبرون " وبطل التدبير فى حق المدبر لكونه إخبارا فى حقه .

٨٦٧٩ :- ولو قال " أحدكم حر أو مدبر ، أو قال : أنتم أحرار أو أحدكم مدبر " بطل ولا يقع شيء بالشك كقوله " أحدكم حر أولا " ، ولو قال " كل واحد حر منكم أو مدبر " بطل الكلامان فى حق المدبر وصحافى حق العبدين : واحد منهما حر فى حال مدبر فى حال ويعتق نصف كل واحد منهما بالبات فصار كل واحد منهما مدبرا ، ولو قال " أنتم أحرار أو هذا مدبر ، للمدبر المعروف ، وهذا وهذا : صاروا مدبرين وبطل التحرير، وكذا إن لم يكن فيهم مدبر فقال " أنتم أحرار أو هذا مدبر وهذا وهذا " : صاروا مدبرين وبطل التحرير ، ولو قال لعبيده "أنتم أحرار أو هذا [وهذان ،] مدبران " : ثبت ثلث كل إيجاب عند عامة المشايخ فثبت بالكلام الأول عتق رقبة بين الكل ، وبالكلام الثانى ثبت العتق للمفرد فصار له ثلثا رقبة ، وبالكلام الثالث تدبير ثلثى رقبته للآخرين فصار ثلث كل واحد مدبرا أيضا، وقال بعضهم : هو كقوله " أنتم أحرار أو هذان مدبران " فثبت بالإيجاب الأول عتق رقبة ونصف بينهم ، وبالإيجاب الثانى تدبير رقبة بين الذين أضيف التدبير إليهما .

م : نوع آخر

٨٦٨٠ :- وإذا دبر الرجل ما فى بطن جاريته فهو جائز ، وإن ولدت بعد ذلك لأقل من ستة أشهر فهو مدبر ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يكون مدبرا،

وفی الینابیع : ویجوز تدبیر ما فی البطن إذا جاء ت لأقل من ستة أشهر أو أقل من سنتین وهی فی عدة من طلاق بائن ، ولو ولدت ولدین أحدهما لأقل من ستة أشهر والثانی لأكثر منه بیوم : فهما مدبران ، **م :** وإذا دبر الرجل مافی بطن أمته فلیس له أن یبیع الأمة بعد ذلك وأن یرهنها وأن یهبها وأن یمهرها ، **وفی الینابیع :** إلی أن تضع حملها، **م :** ذكرمسألة الهبة فی بعض روایات كتاب العتاق وسوی بینهما وبین البیع ، ولم یذكر مسألة الهبة فی بعض الرویات وإنما ذكر البیع والأمهار والرهن ، وذكر فی كتاب الهبة : إذا أعتق ما فی بطن جاریته ثم با ع الجاریة لا یجوز ، ولو وهبها یجوز ، فرق فی الإعتاق بین الهبة والبیع ، فمن مشایخنا رحمهم اللّٰه تعالیٰ من قال فی المسألة روایتان ، والأصح هو الفرق بین الإعتاق والتدبیر ، فنقول : بعد ما دبر ما فی بطن الجاریة كما لا یجوز البیع لا تجوز الهبة ، وبعد ما أعتق ما فی بطن الجاریة تجوز الهبة ولا تجوز البیع ، **وفی الهداية :** وولد المدبر مدبر ، وعلی ذلك نقل إجما ع الصحابة رضی اللّٰه عنهم .

٨٦٨١ :- م : ولو دبر مافی بطن أمته ثم كانت الأمة : یجوز فإن وضعت بعد هذا القول ولدا لأقل من ستة أشهر فهو مدبر مقصود بالتدبیر من جهة المولی ومكاتب تبعا للأم ، فإن أدت الأم بدل الكتابة إلی المولی عتقا بالكتابة ، وإن لم تؤد حتی مات المولی عتق الولد بالتدبیر وتبقی الأم مكاتبة علی حالها وإن لم یمت المولی لكن ماتت الأم سعی الولد فیما علی الأم علی نجوم الإعتاق ، فإن مات المولی بعد ذلك فإن كان الولد یخرج من ثلث ماله یعتق بحكم التدبیر ویبرأ عن بدل الكتابة ، وإن كان لا یخرج من ثلث ماله یعتق منه بقدر ما یخرج من ثلث ماله بغیر سعایة بجهة التدبیر ویلزمه السعایة فی الباقی من رقبة بجهة التدبیر ، وبعد هذا یخیر : إن شاء مضی فی الكتابة ، وإن شاء مضی فی [السعایة بجهة ،] التدبیر وإن كان بدل الكتابة أكثر إلا أنه منجم فالسعایة بجهة التدبیر حالة وقد تصدی له جهتا حریة ویختار ماهو أنفع فی حقه ، وهذا فی قول أبی حنیفة رحمه اللّٰه .

٨٦٨٢ :- وإذا كانت الأمة بین اثنین دبر أحدهما ما فی بطنها فهو جائز ،

وإن ولـدت بعد هذا لأقل من ستة أشهر صار نصيبه مدبرا عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ويكـون للساكت فى نصيبه خيارات خمسة: إن كان المدبر موسرا ، وإن جاء ت بـالـولـد لأكثـر من ستة أشهر لا يصير نصيبه مدبرا ، والنصف فى هذا المسألة نظير الـكل فيما إذا كانت الجارية كلها له ، وإذا كانت الأمة بين اثنين قال أحدهما " ما فـى بـطـنك حـر بعد موتى " وقال الآخر للأمة " أنت حرة بعد موتى " فولدت بعد هـذه الـمـقـالة لأقـل مـن ستة أشهر : فالولد يصير كله [مدبرا ـ] بينهما ولا ضمان لـواحـد مـنهـمـا على صاحبه فى الولد ، وأما فى الأم فللذى لم يدبر الأم فى نصيبه خيـارات خـمسة عند أبى حنيفة إن كان المدبر موسرا ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهـر مـن وقـت هـذه المقالة فالولد مدبر للذى دبر الأم ، وإن اختار الساكت بعد ذلك التـضـمين يضمن المدبر قيمة الجارية ولا ضمان له على المدبر بسبب الولد ، وإن اختـار السـاكـت استسعاء الجارية فى نصف قيمتها ليس له أن يستسعى الولد بـعـد ذلك ، وإن صـار نـصف الـولـد مدبراً؛ لأنه صار مدبرا تبعا ، وإذا كان تبعا فى التـدبيـر يكون تبعا فى السعاية أيضا ، **وفى الينابيع :** ولـو أن جارية بين رجلين وهى حامل فـدبـر أحـدهـما ما فى بطنها وأعتق الآخر الأم : فللذى دبره أن يضمن المعتق نـصف قيـمة الأم وليس له تضمين الحمل ، وذكر أبوسليمان عن محمد أن الذى دبر نـصف قيمة الأم أن يضمن الولد لصاحبه غير مدبر ويضمن المعتق نصف قيمته مدبرا .

م : نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٨٣ :– شهـد شـاهـد عـلى رجل أنه دبر هذا العبد وشهد آخر عليه أنه أعتق هـذا الـعبـد : لا تقبل شهادتهما ، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أعتقه بعد موت صاحبه وشهـد الآخـر أنـه أعتـقـه بعد موته وموت فلان : لا تقبل شهادتهما ، وكذلك لو شهد أحـدهـمـا أنـه دبّـر أحـد عبـديـه وشهد الآخر أنه دبر هذا العبد بعينه لا تقبل شهادتهما وكـذلك لـو شهـدا أنـه دبـر أحـد عبـديـه ، بغير عينه : إن كانت الشهادة فى حال حياة

المولى لاتقبل الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله استحسانا وعند هما تقبل، وإن شهدا بذلك بعد موت المولى ينظر : إن لم توجد المرافعة عند القاضى فى حال حياة المولى قبلت الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله استحسانا والقياس أن لاتقبل ، وإن وجدت المرافعة فى حال حياة المولى وأبطل القاضى شهادة الشهود ثم شهدا بذلك بعد موت المولى لا يقبل القاضى شهادتهما عند أبى حنيفة قياسا واستحسانا .

٨٦٨٤ :– ولو شهد شاهدان على رجل أنه قال " هذا حر بعد بعد موتى لا بل هذا " : قبلت الشهادة وعتقا جميعا من ثلثه إذا وجد الدعوى منهما بالإجماع ، وكذلك لو شهد أنه قال " هذا حر البتة لا بل هذا مدبر " قبلت الشهادة فى حق الأول والثانى ، ولو شهدا أنه قال " هذا حر البتة أو هذا مدبر " فإنه لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولو شهدا أنه قال " هذا مدبر وهذا أو هذا " فشهادتهما للأول جائزة عندهم ، وشهادتهما للآخرين باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن أقر المولى بذلك قيل له : بين التدبير فى أى الآخرين شئت .

٨٦٨٥ :– ولو شهدا أنه قال " أحد هذين العبدين مدبر لا بل هذا " لأحدهما بعينه : فإن شهادتهما للذى عيناه مقبولة بالإجماع ، وشهادتهما للأولين لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن يحلف الآخر " بالله ما أردته بالكلام الأول " ، فإذا حلف كان عبدا له على ماله ، وإن أقر المولى بمقالته ذلك صار الذى عينه مدبرا من غير بيان بالكلام الآخر ويتعين العبد الآخر بالكلام الأول إن عنى بالكلام الآخر تدبيرا مستقلا ولم تكن له نية ، وإن عنى بالكلام الآخر بيان ما ثبت بالكلام الأول فإن العبد الآخر لا يصير مدبرا .

نوع آخر

٨٦٨٦ :– فى جامع الجوامع : مدبر الذمى أسلم : يعتق بالسعاية ، ولو مات مولاه فمن الثلث أما أم ولده فعن الجميع ، تدبير المرتد موقوف إن قضى باللحوق بطل ، ولو أسلم وهو فى يد الورثة فباعوه جاز ، ولو ملكه يوما صار مدبرا، قيل: بعد القضاء لا إلا إذا اشتراه ، ولو دبره ثم ارتد لا يبطل ويعتق باللحوق ، ولو ارتدت المدبرة ولحقت فأسرت وردت إلى مولاه كانت مدبرة .

الفصل الثانى عشر فى أمهات الأولاد

٨٦٨٧ :– فى المنافع : اعـلـم أن التدبير والاستيلاد يؤثر ان فى نقصان الرق لا فـى نـقصان الملك، حتى يجوز وطء المدبرة وأم الولد ، وهـذا لأنه كمال الملك لأن البضع لا يحل إلا بكمال ملك اليمين أو ملك النكاح، ولهذا لا يحل وطء الجارية

٨٦٨٧ :– أخـرج الإمـام مـالك فـى الموطأ عن نافع أنّ عبد اللّٰه بن عمر رضى اللّٰه عنه دبّـر جـاريتيـن له ، فكان يطؤهما وهما مدبّرتان ، الموطأ للإمام مالك ، المدبر ، باب مس الرجل وليـدتـه إذا دبـرهـا /١ ٥١١ ، بـرقـم ٤ – السـنـن الـكبـرى لـلبيهـقى ، المدبر ، باب وطء المدبرة ٥١٦/١٥ ، برقم ٢٢١٩٨ .

وأخـرج الدارقطنى عن ابن عمر أن النبى صلى اللّٰه عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد وقـال : لا يبـعن ولا يوهبن ، ولايورثن ، يستمتع بها سيدها مادام حيا ، فإذا مات فهى حرّة ، سنن الدار قطنى ، المكاتب ٧٥/٤ ، برقم ٤٢٠٣ .

قول المصنف : ولهـذا لا يحل وطء الجارية المشتركة والمكاتبة ، أخرج عبد الرزاق عن ابـن جـريـج قـال : رفـع إلـى عـمر بن الخطاب أن رجلا وقع على جارية له فيها شرك ، فأصابها ، فـجـلـده عمر مأة سوط إلّا سوطاً ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب الأمة فيها شركاء يصيبها بعضهم ٣٥٨/٧ ، برقم ١٣٤٦٦ .

وأخـرج سـعيـد بـن مـنصور عن ابن عمرسئل عن أمة بين رجلين وطئها أحدهما ، قال : هو خائن ، لاحدّ عليه ، سنن سعيد بن منصور ، باب الأمة تكون بين الرجلين يصيبها أحدهما ٥٧/٢ ، برقم ٢٠٣٣ .

وأخـرج عبـد الـرزاق عـن الـزهـرى فى رجل يطأ مكاتبته ، قال : يجلد مائة ، فإن حملت كانت من أمهات الأولاد ، مصنف عبد الرزاق ، المكاتب ، باب لا يباع المكاتب إلا بالعروض، والرجل يطأ مكاتبته الخ ٤٣٠/٨ ، برقم ١٥٨٠٦.

قوله : يـجب أن يعلم بأن جواز بيع أم الولد الخ ، أخرج البيهقى عن عبيدة السلمانى قال : قـال على بن أبى طالب رضى اللّٰه عنه : استشارنى عمر بن الخطاب رضى اللّٰه عنه فى بيع أمهات الأولاد ، فـرأيـت أنـا وهـو أنها عتيقة ، فقضى بها عمر حياته ، وعثمان رضى اللّٰه عنه بعده ، فلمّا ولّيـت أنـا رأيـت أن أرقهـن ، السـنـن الكبرى للبيهقى ، عتق أمهات الأولاد ، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ١٥/ ٥٦٩ ، برقم ٢٢٣٨٩ ، ٢٢٣٩٠ .

المشتركة والمكاتبة ، **م :** يجب أن يعلم بأن جواز بيع أم الولد كان مختلفا في الصدر الأول، فعمر وعلى كانا لا يجوز ان بيعها ثم رجع على رضى الله عنه عن قوله وقال " يجوز بيعها " ، ثم أجمع المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها ، ولو قضى القاضى بجواز بيعها لا ينفذ قضاؤه، بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالاً، **وفى الظهيرية :** إذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد نفذ قضاؤه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف ، وفى قول محمد لا يجوز ، بناء على أن الإجماع المتأخر لا يرفع الاختلاف المتقدم عندهما لما فيه من تضليل بعض الصحابة ، وعند محمد يرفع ، والفتوى فى هذه المسألة على قول محمد أنه لا ينفذ القضاء ، **م :** وأم الولد التى لا يجوز بيعها : الجارية التى استولدها الرجل بملك اليمين أو بملك النكاح أو بشبهة ثم يشتريها بعد ذلك أو يملكها بسبب آخر ، وهذا مذهبنا ، وقال الشافعى : إذا استولدها بحكم النكاح ثم اشتراها لا تصير أم ولد له ، وإذا استولدها بالزنا ، **وفى الكافى :** وأقر بذلك ، **م :** ثم ملكها فالقياس أن تصير أم ولد له ، وهو قول زفر رحمه الله ، وفى الاستحسان لا تصير أم ولد له ، وهو قول علمائنا الثلاثة ، وكذلك لوقال " تزوجت بهذه الجارية وولدت منى " ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وأنكر ذلك المولى الذى هى له، فإذا ملكها الذى أقر بهذا فإنها تصير أم ولد له عند علمائنا الثلاثة ، **وفى الحجة :** ولو زنى بجارية وولدت ولدا قبل أن يملكها ثم ملك الولد والأم لم يثبت الحكم فى الولد وجاز بيعه ،**وفى الهداية :** ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها : تصير أم ولد له عندنا .

٨٦٨٨ :- وفى الينابيع : ولو ولدت الجارية من أب مولاها بنكاح صحيح أو فاسد : لم تصر أم ولد له، ويعتق الولد على أخيه بالقرابة ، **وفى الهداية :** إذا ولدت الأمة من مولاها : فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها ويمنع إخراجها لا إلى لاحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته ، **وفى الخلاصة :** من جميع المال مقدما على الغرماء والوصايا ، **م :** وكذا إذا كان بعضها مملوكا له فله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها .

٨٦٨٩ :- وإذا اسقطت أمة الرجل سقطا استبان خلقه أو بعض خلقه: صارت أم ولد له ، وإن لم يستبن شيء من خلقه : لا تصير أم ولد له ، وهذا مذهبنا ، وقال إبراهيم النخعي : تصير أم ولد له في الفصلين جميعا ، **وفي المنتقى :** قال أبويوسف إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد اسقطت منه فهذا إقرار بأنها ولده ، **وفي الظهيرية :** قال أبو يوسف رحمه الله : إنما وقع اسم السقط على ماتبين خلقه ، أما إذا لم يتبين لا يسمى سقطا .

٨٦٩٠ :- م : وإذا كانت جارية الرجل حاملا فأقر أن حملها منه : فإنها تكون أم ولد له ، وإذا قال الرجل " إن كانت أمتي حبلى فهو مني " ثم ولدت ولدا أو اسقطت سقطا استبان خلقه ، وأقربه : فإنها تصير أم ولد له ، وإذا جاء ت به لأقل من ستة أشهر ، وأنكر المولى الولادة فشهدت عليه امرأة : جازت ذلك ويثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له ، لا بشها دة القابلة بل بإقرار المولى ، **وفي اليتيمة :** سئل والدي عمن اشترى جارية واستولدها ثم ادعت الجارية عتقها على بائعها وأقامت البينة على ذلك هل للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن ؟ فقال : نعم له الرجوع ، وسئل الوبري عن رجل ولدت جاريته فقيل له : أهو منك ؟ فقال "ينبغي أن يكون مني ، أو قال ينبغي أن يكون" هل يكون إقرارا ؟ فقال : فيهما يجب أن يكون إقرارا ، **وفي الكافي :** في متفرقات الأيمان **وفي المنتقى :** بشر بن الوليد عن أبي يوسف رجل قال لأمته " قد حملت مني حملا ، أو : قد حبلت مني بحبل " قال : تصير أم ولد له ولا يصدق بعد ذلك أنه كان ريحا ، وكذلك لو صدقته الأمة أنه كان ريحا لم تبطل مقالته الأولى وهي بمنزلة أم الولد ،

٨٦٨٩ :- أخرج البيهقي عن عمر رضي الله عنه قال : أم الولد أعتقها ولدها ، وإن كان سقطاً، السنن الكبرى للبيهقي ، عتق أمهات الأولاد ، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ١٥/٥٧٦ ، برقم ٢٢٤١٠- مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب ما يعتقها السقط ٧/٢٩٥ ، برقم ١٣٢٤٣ ، ١٣٢٤٧ .

وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن قال : إذا حملت الأمة من سيدها ، ثم اسقطت ، قال : إن كان استبان خلقه ، فهي أم ولد، لا سبيل له إلى بيعها ، مصنف ابن أبي شيبة ، البيوع والأقضية ، في بيع أم الولد إذا اسقطت ١١/١٨٤ ، برقم ٢١٨٩٦، ٢١٨٩٤ .

وهـذا بـمـنزلة رجل أعتق أمته ثم قال" لم أعتقها " وصدقته الأمة : لم يبطل عتقها ، **وفيه أيضا :** رجـل أقـر أن مـافـى بطن جاريته منه أو قال "الذى فى بطنها منى " ولـم ينسب ذلك إلى حبل ولا إلى ولد ثم قال بعد ذلك إنها كانت ريحا وصدقته الجارية : فهـى تبـا ع ، وإن كـذبتـه فـى مـقـالتـه الأخرى وادعت أن ذلك كان حبلا وأنها قد اسقطت سقطا مستبين الخلق: فالقول قولها وهى أم ولد له .

٨٦٩١ :- وفى الخانية : ولـو قال " ما فى بطنها من ولد فهو منى " ثم قال بـعـد ذلك " كان ريحا ولـم يكن ولدا " وصدقته الأمة فى ذلك أو كذبته : كانت أم ولد له ، **م :** رجـل أقـر أن أمتـه حبـلى " ثم جاء ت بولد لأكثر من سنتين وشهدت امرأة على الولادة وقـالـت الأمة " هـذا الولد من ذلك الحبلى " وجحد المولى أن يـكـو ن هذا من ذلك الحبل : فالأمة أم ولد له ولا يثبت نسب الولد منه وهى بمنزلة أمة ، وإن أقـر المولى بعد ذلك أنه من ذلك الحبل وأنه منه وقد جاء ت بذلك لعشر سـنيـن : فهـو ابنه ، وقوله " إنه من ذلك الحبل " باطل ، ولو شهد عليه شاهدان فى أمتـه فشهد أحدهما أنه قال " ولدت منى " وشهد الآخر أنه قال " هى حبلى منى " فهـى أم ولـد لـه، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر أنها ولدت غلاما ، وشهد الأخر أنـه أقر أنها ولدت جارية ، وعتق أم الولد يعتبر من جميع المال بخلاف عتق المدبر حيث يعتبر من الثلث " وفى ذلك اتبعنا الأثر ، **وفى السراجية :** أم الولد تعتق بموت السيـد ولا سعاية عليها ، **وفـى الينابيع :** وإن كـان عـلى المولى دين " وإذا عتقت ، عُتِـقَ أولادهـا مـن غيـر السيـد أيضا ، أم الولد بين اثنين مات أحدهما : عتقت ولـم تسـع للآخر عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، أم ولد إذا أعتقت فما كان لها من مال فهو للمولى ، ولو أراد أن يجعل المال لها يوصيها .

٨٦٩٢ :- م : وإذا أقـر فـى صحته أن أمته قد ولدت منه : فإنها تصير أم ولد لـه، ويكون عتقها من جميع المال، سواء كان معها ولد أم لم يكن ، وإن أقر بذلك فـى مـرضـه : فـإن كـان مـعها ولد كذلك الجواب تصير الجارية أم ولد وتعتق من جـميـع الـمـال ، وإن لـم يكن معها ولد لم يصح الإقرار بالاستيلاد بل تعتبر وصيته

حتى تعتق من ثلث المال ، **وفى الظهيرية :** ولـو قال لجاريته " إن كان فى بطنك غـلامـا فهـو مـنـى " وإن كانت جارية فليس منى " [ثبت نسب الولد عنه غلاما كـان أو جـارية ، ولـوقـال " إن كان فى بطنك ولد فهو منى إلى سنتين " فولدت لأقـل مـن ستة أشهر ثبت نسب الولد منه ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ،] لا يثبت النسب والتوقيت باطل .

٨٦٩٣ :– وفـى الـكافى : ولا يـنبـغـى أن يـزوج أم ولـده حتى يستبرئها بـحيضة لجواز أن تكون حاملا من سيدها فلا يصح تزويجها ، ولكن هذا التوهم يـوجـب الاحتياط ولا يبطل النكاح ، وإن زوجها قبل الاستبراء فولدت لأقل من ستة أشهـر فهو من المولى والنكاح فاسد ، فإن ولدت لأكثر من ستة أشهر يثبت الـنسـب من الزوج سواء كان النكاح جائزا أو فاسدا ، ولو ادعاه لمولى لا يثبت مـنـه ولكن يعتق الولد باقراره وتصير الأمة أم ولده إن لم تصر أم ولده بدعوة ولد آخـر حتـى لـو زوج أمتـه من عبده فولدت فادعاه المولى عتق الولد وتكون أمته كـأم ولـده وإن كـان نسـب الـولـد غيـر ثابت منه ، وإذا مات المولى عتقت من جـميع المال ولا سعاية عليها فى دين المولى للغرماء ، **وفى الخانية :** ولو أعتقها ثـم زوجهـا لا يـجوز النكاح حتى تنقضى عدتها بثلاث حيض ، وإن زوجها قبل الإعتـاق فولدت ولدا من الزوج فالولد يكون بمنزلة الأم يعتق بموت المولى من جـميـع الـمال ، وإذا استولد الرجل مدبرته صح الاستيلاد وبطل التدبير ، ومعنى قوله " بطل التدبير " أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك .

٨٦٩٤ :– وإذا زوج أم ولده من رجل جاز ، يجب أن يعلم بأن للمولى من

٨٦٩٣ :– أخـرج عبـد الـرزاق عن الزهرى قال : يستبرئها بحيضة ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب الرجل ينكح أمته كان يصيبها ٢٢٩/٧ ، برقم ١٢٩١٥ .

٨٦٩٤ :– أخـرج البيهـقـى عـن عبـد الله بـن عمر يقول : إذا ولدت الأمة من سيّدها ، فـنـكـحت بعد ذلك ، فولدت أولاداً ، كان ولدها بمنزلتها عبيداً ما عاش سيّدها ، فإن مات فهم أحرار ، السنن الكبرى للبيهقى ، عتق أمهات الأولاد ، باب ولد أم الولد من ←

الاستمتاع والتصرف فى أم الولد ما يكون له فى المدبرة وكل تصرف يؤدى إلى إبطال حقها كالبيع والهبة وما أشبه ذلك يمنع منه وما لا فلا ، وإذا استولد الرجل جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره ولدت من زوجها الثانى ثم اشترى الزوج الأول الجارية مع ولدها من الزوج الثانى : تصير الجارية أم ولد له حتى لايجور بيعها ، وفى بيع ولدها خلاف : على قول علمائنا الثلاثة يبيعه ، وعلى قول زفر لايبيعه ، ولو ملك ولدها منه يعتق بلا خلاف ، **وفى الهداية :** وإذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أنت تسعى فى قيمتها وهى بمنزلة الكاتبة لا تعتق حتى تؤدى السعاية ، وقال زفر : تعتق فى الحال والسعاية دين عليها ، وهذا بخلاف ما إذا عرض على المولى الإسلام فإن أسلم تبقى على حالها ، ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية ، ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة ، **وفى الينا بيع :** ولو تركت ولدا يسعى الولد كما يسعى ولد المكاتب ، وقال زفر : لا سعاية عليه كولد الحر .

٨٦٩٥ :– وفى شرح الطحاوى : وتصح الوصية لأم الولد سواء قال "أوصيت لها بثلث مالى " أو أوصى بعين ماله ، وأما المدبر فكذلك الجواب فيه إلا أنه ينظر : إن خرجت الوصية ورقبتها من ثلث المال كان له ذلك ، وإن لم تخرج من ثلث المال تنصرف الوصية كلها إلى الرقبة ، وإن فضل الثلث عن الرقبة تنصرف الوصية إلى الزيادة .

← غير سيدها بعد الاستيلاد ٥٨١/١٥ ، برقم ٢٢٤٢٦ .

وأخرج عبد الرزاق عن الزهرى فى الرجل تلد له الأمة ، ثم ينكحها فتلد له أولاداً ، قال : هم مملوكون ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب عتق ولد ام الولد ٢٩٧/٧ ، برقم ١٣٢٥٠ .

٨٦٩٥ :– أخرج الدارمى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف ، أربعة لكل امرأة منهن ، مسند الدارمى ، الوصايا ، باب أوصى لأمهات أولاده ٢٠٧١/٤ ، برقم ٣٣٢٤ – سنن سعيد بن منصور ، باب وصية الصبى ، ١٢٨/١ ، برقم ٤٣٨ – مصنف عبد الرزاق ، الوصايا ، باب الحيف فى الوصية والضرار ، ووصية الرجل لأم ولده وإعطائها ٨٩/٩ ، برقم ١٦٤٥٨ .

م : نوع آخر من هذا الفصل

٨٦٩٦ :– أمة بين رجلين جاء ت بولد فادعاه أحدهما ، **وفى الكافى :** فى صحته أو مرضه ، يثبت نسب الولد منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بلا خلاف، **وفى الخلانية :** ولاضمان ولا سعاية للشريك ، وعندهما : يضمن نصف قيمتها إن كان موسرا ، وإن كان معسرا يسعى فى نصف قيمته ، بناء على الخلاف فى أن أم الولد لا قيمة لها عند أبى حنيفة رحمه اللّٰه وعندهما لهاالقيمة ، وكذا يظهر الخلاف فيما إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر ، وعندهما سعت فى نصف قيمتها للحى ، وكذا إذا باع أمة حاملا فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشترى فادعى البائع الولد صح ويرد جميع الثمن ولا يحبس بازاء الأم شيئا ، وعندهما يحبس حصة لأم من الثمن مرقوقة محرزة مملوكة ، ولو ادعياه ، يعنى البائع والمشترى ، فدعوة البائع أولى ، ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر فدعوة المشترى أولى ، ولاتصح دعوة البائع إلا أن يصدقه المشترى ، فإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأمة أم ولد له .

٨٦٩٧ :– وفى اليتيمة : سئل أبوذر عمن وطأجارية مشتركة فصار أم ولد

٨٦٩٧ :– أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم فى الجارية تكون بين رجلين ، فتلد عن أحدهما ، قال : يدرأ عنه الحد بجهالته ، ويضمن لصاحبه نصيبه ونصف ثمن ولده ، قال : وإن كانت من أخوين ، فوقع عليها أحدهما فولدت ، قال : يدرأ عنه الحد ، ويضمن لأخيه قيمة نصيبه من الجارية ، وليس عليه قيمة فى ولدها ، لأنه يعتق حين يملكه ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب الأمة فيها شركاء يصيبها بعضهم ٣٥٧/٧ ، برقم ١٣٤٦٢ .

وأخرج سعيد بن منصور عن أبى معبد ختن الحكم أن شريحاً اختصم إليه فى رجلين بينهما جارية فوطئها أحدهما ، فضمنه نصف الثمن ونصف العقر ، سنن سعيد بن منصور ، باب الأمة تكون بين رجلين يصيبها أحد هما ٥٨/٢ برقم ٢٠٣٧ .

قول المصنف : وذكر السرخسى فى كتاب الدعوى : أخرج عبد الرزاق عن الزهرى فى رجل وطىء جارية له فيها شرك ، قال : يجلد مائة ، وتقوّم عليه هى وولدها ثم يغرم لصاحبه الثمن ، وأما ابن شبرمة وغيره من أهل الكوفة ، فيقولون : تقوم عليه هى ، ولا يقوّم عليه ولدها ، مصنف عبد الرزاق ، الطلاق ، باب الأمة فيها شركاء يصيبها بعضهم ٣٥٦/٧ ، برقم ١٣٤٦١ .

لـه مـا يـلزم عليه لشريكه ؟ الثمن الذى اشترى به أم قيمة الابن وكانت تشترى قبل الولادة بـأكثـر وبـعـدهـا بأقل ؟ فقال : نصف القيمة الولد ونصف المهر ولا اعتبار بـالثـمن ، قيل له : فإن كان أنفق عليها فى الطريق من مال الشركة قبل الوطء وبعده هـل يـضـم ذلك إلـى قيمتها ؟ فقال : ما أنفق عليها بعد العلوق فهو من مال نفسه ، وذكر السرخسى فى كتاب الدعوى : الجارية المشتركة إذا ولدت فادعاه أحدهما فـإن كـان أصـل الـعـلوق فى ملكهما ضمن نصف القيمة لشريكه إن كان موسرا ، فهذا يدل على أن فى هذه الصورة لا يلزمه من قيمة الولد شىء .

٨٦٩٨ :- م : وإذا كـانـت الـجارية بين رجلين فجاء ت بولد فادعياه حتى يثبت الـنسـب مـنهـمـا وصـارت الجارية أم ولد لهما : تخدم كل واحد يوما كما كـانت تفعل قبل هذا ، **وفى الهداية :** وعـلـى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ،**وفى الكافى:** وورثا منه إرث أب واحد ، **وفى الكافى :** وكذا إذا كانت الأمة بين ثلاثة أو أربعة أو خـمسة عـند أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وقال أبو يوسف رحمه اللّٰه : لايثبت لأكثر من اثـنيـن ، وقال محمد رحمه اللّٰه : يثبت من ثلاثة ، **وفى الظهيرية :** والاستيلاد يثبت لكل واحد بقدر ملكه، **وفيه :** وقال الشافعى : يرجع إلى قول القائف وهو الذى يتتبع

٨٦٩٨ :- أخـرج الطحاوى فى معانى الأثار عن مولى لبنى مخزومة قال : وقع رجلان عـلـى جـارية فـى طهـر واحـد ، فعلقت الجارية ، فلم يدر من أيهما هو ، فأتيا عمر يختصمان فى الـولد ، فقال عمر رضى اللّٰه عنه : ما أدرى كيف أقضى فى هذا ؟ فأتيا عليّا رضى اللّٰه عنه ، فقال : هـو بيـنـكـمـا ، يـرثـكـمـا وتـرثـانـه ، وهو للباقى منكما ، شرح معانى الآثار للطحاوى ، القضاء والشهادات ، باب الولد يدعيه الرجلان كيف الحكم فيه ٤٥٩/٣ ، برقم ٦٠٣٧ .

وأخـرج البيهـقـى عـن سعيد بن المسيب أنّ رجلين اشتركا فى طهر امرأة ، وذكر الحديث وفيه ، قال : أسر أم أعلن ، فقال : بل أعلن ، فقال : لقد أخذ الشبه منهما جميعا فما أدرى لأيهما هو ، فـقـال عـمـر رضـى اللّٰه عنه : إنا نقوف الآثار ، ثلاثاً يقولها ، وكان عمر رضى اللّٰه عنه قائفاً ، فجعله لهـما يرثانه ويرثهما ، فقال سعيد : أتدرى من عصبته ، قلت : لا ، قال : الباقى منهما ، السنن الكبرى للبيقهى ، الدعوى والبينات ، باب القافة ودعوى الولد ١٥/ ٤١٦ ، برقم ٢١٨٧٤ .

الآثار ويعرف الأنساب بالنظر إلى الأعقاب ، **م**: وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك فى تركه الميت ولا سعاية عليها فى نصيب الشريك عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما تسعى فى نصيب الشريك ، ولو أعتقها أحدهما فى حياته عتقت ولاضمان على المعتق للشريك ولا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يضمن نصف قيمتها أم ولد للشريك إن كان موسرا ، وإن كان معسرا تسعى فى نصف قيمتها أم ولد للشريك ، وهذا المسألة فى الحاصل بناء على أن أم الولد مال متقوم عندهما خلافا لأبى حنيفة رحمه الله ، وعن هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : أم الولد لاتضمن بالغصب ، وقالا: تضمن بالغصب ، وعن محمد فى الرقيات: أن أم الولد تضمن بالغصب على نحو ما يضمن به الصبى الحر حتى لو مات حتف أنفها لم يضمن الغاصب شيئا ، ولو مر بها إلى مسبعة فافترسها سبع فإن هذا يضمن ، ثم فى هذا المقام يحتاج إلى معرفة قيمة أم الولد وقد اختلفوا فيها، فبعض المشايخ قالوا : نصف قيمتها قنة ، وقال بعضهم : ثلث قيمتها قنة ، وقال بعضهم : ينظر بكم تستخدم هى مدة عمرها ، على نحو ما ذكرنا فى المدبرة، وإذا كان أحد الشريكين أب الآخر أو كان مسلما والآخر ذميا فحينئذ تكون دعوة المسلم والأب أولى لوجود المرجح فى حق المسلم وهو الإسلام ، وفى حق الأب وهو ما له من الحق فى نصيب الابن ، وقوله " يثبت النسب منهما " معناه إذا حملت على ملكهما ، ذكره **فى الهداية** .

٨٦٩٩ :- وفى الكافى : أمة بين رجلين قالا فى صحتهما " هى أم ولد أحدنا " ثم مات أحدهما : يؤمر الحى بالبيان دون الورثة ، فإن قال " هى أم ولدى": ضمن نصف قيمتها ولم يغرم من العقر ، وإن قال " هى أم ولد الميت " : عتقت صدقته الورثة أولا ولا سعاية للحى وكذا للورثة ، وإن كان ذلك فى المرض وقالت الورثة "عناك" لم يسمع ، وإن قالوا " عنى أبونا نفسه ولكنا لا نصدقة " فللحى نصف قيمتها فى الشركة وتعتق من الثلث ، ومن الكل لو ولدت فى ملكهما ويثبت النسب من الميت استحسانا ، **وفى الخانية :** جارية ولدت من رجل

بنكاح ثم اشتراها مع آخر : تصير أم ولد له ويضمن نصف قيمتها لشريكه موسرا كان أو معسرا ، وإن لم يشتر الجارية ولكن ملك الولد بهبة أو شراء أو نحو ذلك : عتق الولد ويسعى لآخر فى نصيبه ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، وقال صاحباه : يضمن إن كان موسرا ، ويسعى الولد إن كان معسرا ، **وفى الكافى:** أمة بين اثنين زعم أحدهما أنها أم ولد صاحبه وأنكر ذلك صاحبه : فهى موقوفة يوما وتخدم للمنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل للمقر عليها ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه : ليس للمنكر أن يستخدمها وله أن يستسعيها فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها ، وذكر فى الأصل رجوع أبى يوسف رحمه اللّٰه إلى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه ، **وفى الخلاصة :** وإن مات المنكر سعت لورثته فى النصف ونصف ولائها للمنكر ونصفه لبيت المال ، **الكافي :** ولو جنت كان على المنكر نصف موجب جنايتها وتوقف النصف ، وقال أبو يوسف رحمه اللّٰه : النصف على المنكر وردت النصف لأنه فى مال سيدها فكسبها مال سيدها ، وقال محمد : الكل عليه **الخانية :** ولو أقرا يعنى شهد كل واحد منهما بالاستيلاد على صاحبه، لا سبيل لأحدهما على الآخر ولا على الأمة ، **فى الخلاصة الخانية :** وكذلك أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالإعتاق وينكر صاحبه : نفذ على المقر ، فإذا نفذ إقراره عليه لم يكن للمنكر أن يستخدمها كما لو استولدها المقر ، وخرج نصيب المنكر من أن يكون منتفعا ولا يمكنه تضمين المقر ؛ وإذا أدت نصف القيمة عتق نصفها فيعتق كلها ، وليس للمقر أن يستسعى الجارية وليس له ولاية استخدامها أيضا لأنها أم ولد الغير فى زعمه .

٨٧٠٠ :- م : وإذا كانت الجارية بين رجلين فقال أحدهما " إن كان مافى بطنها غلاما فليس منى ، وإن كانت جارية فهو منى " فقال الآخر " إن كان ما فى بطنها جارية فهو منى ، وإن كان غلاما فليس منى " فهذا على وجهين : الأول أن يخرج الكلامان منهما معا ففى هذا الوجه ما ولدت من ولد فى ذلك البطن فهو منهما جميعا سواء ولدت جارية أو غلاما ، بخلاف قوله " إن كان

فـي بـطـنهـا غلام فهو حر " فولدت جارية : لا يعتق هذا إذا خرج الكلامان معا ؛ فـإن سبق أحدهما بمقالته ثم ولدت غلاما أو جارية لأقل من ستة أشهر من وقت الـمـقـالتيـن جميعا : فهو ولد للذى سبق بهذه المقالة غلاما كان أو جارية ، وإن جـاء ت بـالـولـد لستة أشهـر مـن وقت [المقالة الأولى ولأقل من ستة أشهر من وقـت الـمـقـالة الثـانية : فهـو ولـد الثانى ، وإن جاء ت به لستة أشهر من وقت] الـمـقـالتيـن لـم يثبـت نسبـه من واحد منهما إلا أن تجدد الدعوى ، وإذا كاتب الـرجل أم ولده فجاء ت بولد فى مكاتبتها ثم مات المولى قبل أن يقربه ينظر : إن جـاء ت بـالولد لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها يثبت نسبه من المولى ، وإن جاء ت به لستة أشهر فصاعدا منذ كاتبها لا يثبت نسبه من المولى .

٨٧٠١ :- **وفى الظهيرية :** ولـو كـان أحـد الشريكين حرا والآخر مكاتبا : فـالـحـر أولى بالولد ، وإن كان بين عبد مسلم وحر كافر : فالحر الكافر أولى: وإن سبق أحد المولين بالدعوة فهو أولى ، وإن كان بين حر ومكاتب فادعى المكاتب وحـده : ثبـت نسبـه وضـمـن نـصف قيمتها للشريك ، وقال أبويوسف رحمه اللّٰه: يـصيـر الشـريك بـحـالـه كما كان فإذا كان فإذا عجز المكاتب كان له أن يبيعها ، وعـن مـحـمد رحمه اللّٰه فى رجلين اشتريا زوجة أحدهما فجاء ت بولد بعد شهر : يثبـت الـنسـب مـن الزوج لقيام الفراش ولا يضمن قيمة الولد عتق عليه لابصنع من جهته ، **وفى الهداية:** وإذا وطـأ الـمـولـى جـارية مكاتبه فجاء ت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه ، وعن أبى يوسف أنه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالأب يدعى ولد جارية ابنه ، **وفى الكافى :** فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد وعـليـه عـقـرهـا وقيـمتـه ولدها ولا تصير الأمة أم ولد له ، وإن كذبه المكاتب فى الـنسب لم يثبت ، ولو ملكه المولى يوما يثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع ، **وفى تجنيس الناصرى :** ولو أعتق أم ولده على أن تتزوج به فـقبـلـت وعتـقـت ثـم أبـت تزوجه : لا شىء عليها من السعاية ، وعند أبى يوسف ومحمد رحمه اللّٰه : تجب السعاية فى قيمتها ، **وفى الهداية :** وولد الأمة من مولاها

حر، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة ، **وفی الخانية :** حربی خرج إلينا بأم ولد له : لا يكون له أن يبيعها ، رجل زوج أمته من عبده وولدت وادعاه المولی ، لايثبت النسب من المولی ويكون من الزوج ويعتق الولد علی المولی بإقراره ، رجل استولد جارية ولده : تصير أم ولد له ويغرم قيمتها ولا يغرم عقرها، وإذا تزوج الرجل جارية ولده الصغير فولدت منه : لا تصير الجارية أم ولد له ويعتق الولد بالقرابة ، وإذا أراد الرجل أن يطأ جاريته ولا تصير أم ولد له لو ولدت: فإنه يبيعها من ولده الصغير ثم يتزوجها ، وإذا ولدت جارية الرجل فادعاه المولی وأبوه : كان الولد من المولی، ولو وطأ جارية امرأته أو جارية والده أو جده فولدت وادعاه ، لا يثبت النسب .

٨٧٠٢ :- رجل اشتری أمة لها ثلاثة أولاد ولدتهم فی بطون مختلفة فادعی واحدا منهم أنه ولده : يثبت نسبه والباقون أرقاء له ، أم ولد إذا أعتقها المولی وارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها المولی : عتقت عليه ، وكذا ثانيا وثالثا ، ولو اشتری جارية قدولدت منه مع ابنة لها من غيره : تصير الجارية أم ولد له ليس له أن يبيعها ، وله أن يبيع هذه الابنة ، وإن زوج الجارية رجلا فولدت ابنة من الزوج : ليس له أن يبيع هذه الإبنة ، وإن أعتقهن ثم اشتراهن بعد السبی والردة عدن كما كن ، فی قول أبو يوسف رحمه اللّٰه : يحرم عليه بيع الأم والابنة الثانية ولا يجوز بيع الابنة الأولی ، وقال محمد رحمه اللّٰه : يحرم بيع الأم ، ولا يحرم بيع الابنتين ، وإذا حرمت أم الولد علی مولاها بمصاهرة أو نحوها فجاء ت بولد لستة أشهر : يلزم للمولی إلا أن يدعی ، أم الولد أعتقها مولاها وجبت عليها العدة ولم تكن لها نفقة علی المولی، أم الولد إذا جنت جناية موجبها المال : كان موجب جنايتها علی المولی فی ماله جناية كجناية المدبر .

٨٧٠٢ :- قول المصنف: أم الولد إذا جنت جنايةً : "أخرج البيهقی وابن أبی شيبة عن الزهری فی أم الولد إذا جنت ، فعلیٰ سيدها جنايتها ، السنن الكبير للبيهقی ، عتق أمهات الأولاد ، باب ماجاء فی جناية أم الولد ١٥/٥٨٢ ، برقم ٢٢٤٣٤ ـ مصنف ابن أبی شيبة ، الديات ، فی أم الولد تجنی ١٤/١٥٧، برقم ١٧٩١٤.

٨٧٠٣ :– أم الولد لا تغسل مولاها ولا تملك بالأمر ، ويجب صدقة فطرها على المولى ، ويجوز لها أن تسافر بغير محرم وتصلى بغير قناع ، ولو قتلت سيدها خطأ لا يجب عليها السعاية ، وإن قتلت عمدا وللمولى وليان فعفى أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا وتسعى فى ذلك ، وكذا لو كان لها ولد من المولى سقط القصاص وتسعى فى جميع قيمتها ، جارية ادعت على مولاها أنها أم ولد له فأنكر : لا يستحلف المولى فى قول أبى حنيفة رحمه اللّٰه وللمولى أن يجبر أم ولده على النكاح ويملك تزوج الأمة عليها ، ولو تزوجت أم الولد بغير إذن المولى ثم أعتقها المولى : فإن كان الزوج دخل بها قبل العتق جاز ذلك النكاح ، فإن لم يدخل بها يجب عليها عدة العتاق ويتأكد فراش المولى فلا يجوز ذلك النكاح .

٨٧٠٣ :– قول المصنف: " وتصلى بغير قناع " أخرج ابن أبى شيبة عن أبى إسحاق : أن عليا وشريحا كانا يقولان : تصلى الأمة كما تخرج .

وأخرج أيضا عن إبراهيم قال : تصلى أم الولد بغير خمار ، وإن كانت قد بلغت ستين سنة ، مصنف ابن أبى شيبة ، الصلوة ، فى الأمة تصلى بغير خمار ، ٣٤٢/٤ ، برقم ٦٢٨٢ ، ٦٢٨٣ .

وقوله : "ولو قتلت سيدها خطأً " أخرج عبد الرزاق عن سفيان فى أم الولد تقتل سيدها خطأ، قال : ليس عليها شيء ، فإذا كانت مدبرة بيعت فى قيمتها لأنها وصية ، مصنف عبد الرزاق، العقول ، باب أم الولد تقتل سيدها ، ٨٧/١٠ ، برقم ١٨٤٥٧ .

الفصل الثالث عشر فى المتفرقات

٨٧٠٤ :- قال محمد فى الأصل : إذا قال الرجل لأمته " أمرك بيدك " ينوى العتق : يصير العتق فى يدها حتى لو أعتقت نفسها فى المجلس عتقت ، ولو قال لها " اختارى " ينوى العتق : لا يصير العتق فى يدها .

٨٧٠٥ :- وفى الأصل : إذا ادعى العبد والأمة العتق على مولاهما وليس لهما بينة حاضرة : فإنه يدفع إلى مولاه ولا يحال بينه وبين المولى حتى لا يزال يد المولى عنه بمجرد الدعوى ، وإن أقام شاهدا واحداً فإنه ينظر : إن كان الشاهد فاسقا لا يحال بينهما ، العبد والأمة فى ذلك على السواء ، وإن كان عدلا فكذلك لا يحال بينهما ، هكذا ذكر محمد فى الكتاب ، قالوا : وهذا الجواب مستقيم فى العبد ، وغير مستقيم فى الأمة ، وقد ذكر محمد أن المرأة إذا ادعت طلاقا على زوجها فأقامت على ذلك شاهدا واحدا عدلا يحال بينهما وبين زوجها ، قال شمس الأئمة : هذا إذا دعت أن شاهدها الآخر حاضر ؛ وإن أقام شاهدين فإن كانا مستورين فهو على وجهين : إن كان المولى فاسقا مخوفا يحال بينهما فى العبد والأمة جميعا ، وإن لم يكن المولى فاسقا مخوفا عليه ففى الأمة يحال ، وفى العبد اختلاف الروايتين ، وذكر محمد فى رواية أخرى أنه يحال إن كان المولى مخوفا على العبد ، **وفى السراجية :** رجل أعتق عبدا : فما يكون عليه من الثياب للمولى إلا ثوبا يواريه ، وإذا نذر أن يعتق عبدا فاعتق آبقا : جاز، به أفتى أبو الليث ، وإذا قال لعبده "أعتقتك على ما فى هذا الصندوق من الدراهم " فقبل العبد : عتق وعليه القيمة ، رجل قال لعبده " أى عبيدى شئت عتقه فأعتقه " ليس له أن يعتق نفسه .

٨٧٠٦ :- مستأمن اشترى عبدا مسلما فلما أخرجه إلى دار الحرب عتق ، خلافا لهما ، قال لمولاه " أعتقنى على ألف درهم " فقال " أعتقت نصفك " : عتق نصفه بغير شيء ويسعى فى الباقى ، ولو قال " أعتقنى بالف " والمسألة بحالها : عتق نصفه بخمسمائة ، إذا أعتق عبدا صغيرا لم يجب عليه النفقة ، **م : وفى البقالى :**

إذا قـال لـعبـده " أنت حر البتة " ومات قبل قوله " البتة " : مات عبدا ، إذا قا ل " إذا اشتـريـت عبـدا ، أو قـال : إن مـلـكـت عبدا ، أو قال : كل مملوك أملكه فهو حر ' فـاشترى فهو حر " فاشترى عبدا مع آخر : فإنه لا يعتق ، وإن اشترى نصيب صاحبه بعد ذلك : عتق عليه ، فإذا اشترى نصف عبد وباعه ثم اشترى النصف الآخر ؟ قال: يـعتـق الـنـصف الآخر ، وفيما إذا عقد يمينه بلفظ الملك بأن قال " إن ملكت " إن عيـن الـعبد بأن قال " إن ملكت هذا العبد " : يعتق النصف الآخر ، وإن لم يعين بأن قـال " إن مـلـكـت عبـدا ، أو : مـمـلـوكـا " الـقيـاس أن يعتق النصف الآخر ، وفى الاستـحسـان لا يـعتـق ، وفيـمـا إذا عقد يمينه بلفظ الشراء : لا يعتق النصف الآخر سواء عين المملوك بأن قال " إن اشتريت هذا المملوك ، إن اشتريت هذا العبد " أو لم يعين بأن قال " إن اشتريت عبدا ، إن اشتريت مملوكا " ، **وفى الكافى :** وإن عنى بأحدهما الآخر صدق ديانة فيهما .

٨٧٠٧ :– م : وفى الأصل : أيـضـا " إن اشتـريـت فـلانا فهو حر " فاشتراه شـراء فـاسـدا: لـم يـعتـق إذا كـان العبد فى يد البائع وقت الشراء ، وإن كان فى يد المشترى وقت الشراء فإن كان مضمونا عليه بضمان القيمة كالمغصوب ونحوه : يـعتـق ويصير قابضا بنفس الشراء ، أما إذا لـم يكـن مضمونا أصلا كالوديعة والعارية أو كـان مـضـمـونـا عـليـه إلا أنـه لـم يكن مضمونا عليه بالقيمة كالرهن : لا يعتق ، **وفى الخانية :** فإن اشترى عبدا شراء جائزا بعد ذلك أو اشترى ذلك العبد شراء

٨٧٠٧ :– قول المصنف : فى الذخيرة الخ،أخرج ابن أبى شيبة عن عامر وسالم والقاسم وعـطـاء : فـى عبـد أعطى رجلا مالا فاشتراه فاعتقه ، قالوا : لا يجوز ، مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب البيـوع والأقـضية ، بـاب فـى الـعبـد يـدس إلى الرجل المال فيشترى ٢١١/١١ ، برقم ٢٢٠٣٢ ، وأخرج أيضا ههنا عن الحسن وابن سيرين قالا : يجوز ومن فعل ذلك فهو فاسق برقم ٢٢٠٣٤ .

قول المصنف : وعـن إبـراهيـم النخعى الخ أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم فى عبد دس إلـى رجـل مالا ، فاشتراه فاعتقه قال : البيع والعتق جائز ، ويأخذ سيده من المبتاع الثمن الذى كـان ابتـاعـه ، والـولا ء لمن اعتق ، مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب المدبر ، باب الحلف بالعتق الخ ١٧٤/٩، برقم ١٦٨٠٩ .

جائزا بعد مـا تـفاسخا كالبيع الفاسد : لايعتق ، **م :** وعـن محمد رحمه اللّٰه إذا قال لـعبـده "شـئـت عتقك ، أو : رضيت " جاز ، قال ابن رستم : يعتق ، وروى بشر عن أبى يوسف أن قوله " شئت عتقك " شرط النية فيه لوقوع العتق ، **وفى الخانية :** ولو قـال " أردت عتقك " : لا يعتق ، **وفـى البقالى:** إذا قـال لـعبـده " أنت حر أمس " ، وإنما ملكه اليوم: فهو حر قضاء وديانة إلا أن ينوى عتقه من جهته فيدين ، وكذلك ، قبـل أن اشتـريتك " بخلاف قوله " أعتقتك قبل أن اشتريتك ' وفى طلاق المنتقى عن أبى يوسف رحمه اللّٰه فى غير هذه المسألة أنه يعتق ، **وفى فتاوى آهو :** قال اگر تـكبيـراول از نـماز امروز درنيابم فعبدى حر ، فأمَّ تلك الصلاة ؟ قال برهان الدين : يـحنث كه دريافتن تكبير أول جز مقتدى را نگويند ، وقال القاضى بديع الدين : لو كان مراده الاقتداء يحنث ، ولو كان مراده الثواب فلا ، وسئل أيضا عمن قال : اگر اين كنيزك ببيع من اندر أيد أز من آزاد ، فردت عليه بعيب ؟ قال : إن كان بقضاء لا تعتق لأنه فسخ من كل وجه فعاد إليه قديم ملكه ، بخلاف مالوقال : اگر بملك من انـدر آيـد، والمسألة بحالها سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء تعتق بالاتفاق ، **وفى الذخيرة :** عبـد دفع إلى رجل مالا وقال له " اشترنى من مولاى وأعتقنى " ففعل ؟ قال الحسن البـصـرى : البيـع باطل والعتق مردود ولايعفل هذا إلا فاسق , وكذا قال ابن سيرين رحـمـه اللّٰه ، وعن إبراهيم النخعى أن البيع والعتق نافذان وعلى المشترى الثمن مرة آخرى ، وبه نأخذ ، **وفى الحاوى :** وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّٰه .

٨٧٠٨ :- وفـى شرح الطحاوى : ومـن قـال له عبد رجل " اشترلى نفسى من مولاى بألف درهم " فاشتراه : فإن بين وقت الشراء أنه اشترى نفس العبد للعبد فهـو جـائـز وعتـق بالقبول ويجب الثمن ، وذكر **فـى الـجامع الكبير :** أنـه يطالب الـوكيـل ثم الوكيل يرجع على العبد ، وذكر فى كتاب الوكالة : أنه يطالب به العبد ولا يـطـالـب الـعبد الوكيل، وأما إذا لـم يبين : يصير مشتريا لنفيه للعبد ، وكذلك لو بيـن ولكن خالف فى الثمن يكون مشتريا لنفسه ، هذا إذا وكل العبد رجلا ولو أن رجـلا أمـر عبداً أن يشترى نفسه لأجله من مولاه بألف درهم فاشترى ، فإن بين أنه

لـلآمـر يكون مشتريا للآمر ولا يعتق ونفس العبد صار قابضا لنفسه وليس للبائع أن يـحبسـه لاستيـفـاء الثـمن ، ولو لـم يبين وقال " بع نفسی بألف درهم " فباع : صار مشتريا نفسه لنفسه وعتق ، وكذلك إذا بين وخالف أمره كما لو أمره بالشراء بألف درهـم فـاشتـری بـألف درهـم وزيادة : يصير مشتريا لنفسه ويعتق ، **وفـی الخانية :** رجل قال " عبيدی أحرار وهم عشرة " : عتق عبيده وإن كانوا مائة ، رجل قال "كل عبـد لی حر " وله عبد بينه وبين غيره : لا يعتق ، ولو كان له عبد ولعبده عبيد فقال : " كـل عبـد لـی حر " عتق عبده : سواء كان عليه دين أولم يكن ، وأما عبيد عبده فـلا يـعتـقـون فـی قـول أبـی حنيفة رحمه اللّٰه إذا كان علی العبد دين محيط بـرقبتـه نوی المولی عتقهم أو لـم ينو ، وقال أبويوسف رحمه اللّٰه : إن نواهم عتـقـوا وإلا فـلا كـان عـلـی الـعبـد دين أو لـم يكن ، وقال محمد رحمه اللّٰه: عتـقوا جميعا فی الأحوال كلها ، ولو قال لأمته " كل مملوك لی غيرك حر " لا يـعتق حملها ، **وفـی جـامع الجوامع :** ولـوقـال " مـما ليكی الخبازون أو الطباخون أحرار " وله جوار عرفت بذلك : عتقن .

٨٧٠٩ :- وإذا قـال " كـل مـمـلـوك لـی حـر " ولـه عبيد وأمهـات أولاد ومـدبـرون ومـكـاتبون : عتقوا جميعا من غير نية إلا المكاتبين فإنهم لا يعتقون إلا بالنية ، ولو قال " كل مملوك لی حر" ونوی الرجال دون النساء أونوی النساء دون الـرجـال : صـدق ديـانة لاقضاء ، ولو قال " مما ليكی كلهم أحرار " ونوی الرجال دون الـنساء أو النساء دون الرجال لـم يذكر هذا الفصل فی الكتاب ! قالوا : وينبغی أن لايصدق ديانة هنا وإن نوی الخصوص من العموم : ثم إن محمدا يقول فی هذه الـمسـألة فـی عتـاق الأصـل : إذا نـوای الـرجال دون النساء او النساء دون الرجال صـدق ديـانة لا قضاء ، وفی أيمان الأصل قال : إذا نوی الرجال دون النساء أجاب بـما أجاب فی العتاق ، ولـم يذكر ما إذا نوی النساء دون الرجال ، حكی عن الفقيه أبـی بـكـر البـلـخی أنه كان يجعل فی المسألة روايتين وكان يقول : إذا نوی النساء دون الـرجـال لا يـصدق ديانة علی رواية الأيمان، وعلی رواية العتاق يصدق ، وإذا

نـوی الرجال دون النساء يصدق ديانة علی الروايات كلها ، والصحيح أن لا يجعل فـی الـمسـألة روايتـان لـكـن أشبع محمد رحمه اللّٰه الجواب فی العتاق وأوجز فی الأيمان، وذكر فی أيمان الأصل أن لا يصدق قضاء ولا ديانة ، فمن مشايخنا من لم يـجـعـل فـی الـمسألة روايتين ، وإليه مال شيخ الإسلام ، ومنهم من جعل روايتين ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسی ، والأول أظهر .

٨٧١٠ :- وإذا قـال الـرجـل لـعبيده " أنتم أحرار إلا فلانا " كان فلان عبدا وعتـق من سواه ، وكذلك لو قال لعبدين له " أنتما حران إلاسالما " واسم أحدهما سـالـم : صح الاستثناء حتی كان سالم عبدا ، ولو قال " سالـم حر ومرزوق حران إلا سـالـما" عتقا وبطل الاستثناء ، وهذا بخلاف قوله " سالـم ومرزوق حران إلا سالما " لأن هناك الكلام الأول ناقص لأنه لم يذكر له خبر فيصير مضمونا إلی الثانی فيصير الـكـل كلاما واحد فكان قوله " إلا سالما " استثناء البعض من الجملة فصح ، وإذا دعـا الـرجـل عبـدا لـه يـقال له " سالـم " وأجابه عبد آخر يقال له "مرزوق" فقال له "أنـت حـر " عتق مرزوق ، فإن قال " عنيت سالما " عتق سالم بنيته لكنه لا يصدق فـی حـق صـرف العتق عن مرزوق قضاء ، ولو أشار إلی عبد له ظنه سالما وقال " يا سـالـم أنت حر " فإذا هو مرزوق عبده إلا أنه لـم يجبه مرزوق : عتق سالـم ، ولوأشار إلـی شـخـص ظـن أنـه سالـم عبده فقال " ياسالـم أنت حر" فإذا هو عبد غيره : عتق عبده سالـم ، ولو أن رجلا أعتق عبدا أو جارية له ثم جحد العتق وأخذ من العبد غلة أو استـخـدمـه أو وطأ الجارية ثم أقر بذلك العتق أو قامت عليه البينة : فإنه يرد علی الـعبـد مـا أخذ من الغلة وضمن للجارية مهر مثلها ولا يضمن للعبد بسبب الخدمة شيئـا ، قـال شـمـس الأئـمة السرخسی فی شرحه : وما ذكر من الجواب فی الغلة فـذلك مستـقيـم فيـمـا إذا كـان العبد هو الذی آجر نفسه أو اكتسب ، أما إذا كان الـمـولـی هـو الـذی آجـره فما أخذ المولی من الأجرة يكون مملوكا له ، وإذا قال "أحد عبيدی حر " وليس له إلا عبد واحد : عتق ذلك العبد ، وإذا قال الصبی " كل

مملوك أملكه إذا احتلمت فهو حر " لا يصح هذا اليمين أصلا .

٨٧١١ :– وفى عيون المسائل : إذا قال الرجل لعبيده " أنتم أحرار إلا فلانا وفلانا وفلانا " سماهم جملة فى استثناء : عتقوا جملة ، ولو قال " عبيدى أحرار، أوقال : كل عبد لى حر إلا فلانا وفلانا وفلانا " سمى جملة عبيده فى الاستثناء هل يعتقون ؟ لم يذكر هذا الفصل فى العيون ، وعلى قياس ما ذكر **فى الزيادات :** لا يعتقون ، فقد ذكر فى الزيادات إذا قال " كل جارية لى حرة إلا جارية هى ثيت ' ثم قال هذه ثيب وهذه ثيب " وأنكرت الجوارى : فالقاضى يريهن النساء فإن قلن "هن ثيبات " : لا يعتقن ، وإن قلن " هن أبكار " : عتقن ، لا بقولهن ولكن بإيجاب العتق على الطريق العموم عند عدم ثبوت وصف المستثنى وهو الثيابة ، وقد صحح محمد الاستثناء فى هذه المسألة وإن كان مستغرقا للكل ، وإنما فعل هكذا لأن الاستثناء يصف فى اللفظ والصيغة لا فى الحكم ، وباعتبار النظر إلى الصبغة هذا استثناء البعض من لكل فإن قوله " كل جارية لى " كما يتناول المستثنيات يتناول غيرهن لو كن فى ملكه، وكان هذا استثناء البعض من الكل باعتبار النظر إلى الصيغة فيصح ، ألا ترى أن لوقال ، نسائى طوالق إلا نسائى " لايصح ، وإذا قال " نسائى طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة " وليس له من النسوة سواهن : جاز الاستثناء ، وإن كان هذا استثناء الكل من الكل من حيث الحكم لكن هذا استثناء البعض من الكل حيث الصيغة " وكذلك لو قال في وصيته ثلث مالى لفلان إلا ثلث مالى " : لا يصح الاستثناء ، ولو قال "ثلث مالى لفلان إلا ألف درهم " وثلث ماله ألف درهم لا غير صح الاستثناء ، **وفى الخانية :** رجل له خمسة أعبد فقال " عشرة من مما ليكى إلا واحداً أحرار " :

٨٧١١ :– قول المصنف : وفى التجريد : ولو قال " أنت حر إن شاء الله " أخرج الدار قطنى عن معاذ بن جبل قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : يامعاذ ما خلق الله شيئا على وجه الأرض أحب إليه من العتاق ، ولا خلق الله شيئا على وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق فإذا قال الرجل لمملوكه أنت حر إن شاء الله فهو حر ، ولا استثناء له ، وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فله استثناؤه ، ولا طلاق عليه ، سنن الدار قطنى ، كتاب الطلاق ، ٢٣/٤ ، برقم ٣٩٣٩.

عتقوا جميعا ، ولوقال " مماليكى العشرة أحرار واحدا " عتق أربعة ، **وفى التجريد :** ولو قال " أنت حر إن شاء الله " بطل الاستثناء فی قول أبی حنيفة ، وعندهما لا يطل .

٨٧١٢ :- وفی الكافی : ولو قال " كل أمة له حرة إلا أمهات أولادى " ثم ادعى أمية الولد فيهن أو فی بعضهن : لايصدق سواء كان معهن ولد أولا ، ولكن يثبت نسب الولد وعتق الولد ، ولم تصير الأمة أم ولد ، ولو عرف دعوى النسب من المولى قبل الخصومة واختلفوا فقال المولى " كنت ادعيت قبل اليمين ولم تعتق الأمة " وقالت الأمة " ادعت بعد اليمين فقد عتقت " : فالقول للمولى ، ولو قال " إلا أمة خبازة ، أو : اشتريتها من زيد ، أو : نكتهاالبارحة ، أو : إلا ثيبا " وادعى ذلك : لا يصدق لأن هذه صفات عارضة ، لكن القاضى يريها النساء فإن قلن " هى ثيب " : لا تقتق ويحلف السيد ، وإن قلن " بكرا " أو أشكل عليهن : عتقت بالإيجاب العام بعد ثبوت صفة المستثنى ، وإن كانت ثيبامنذ خاصم واختلفوا فقال: اصبتها قبل الحلف" وقالت أصبتنى بعد الحلف " فالقول قوله ، وكذا لو قال، إلا أمة بكرا ، أو لم اشترها من فلان ، أو: لم أطأ ها البارحة ، أو : إلا خراسانية" ثم ادعى ذلك : فالقول له ، وكذلك لو قال" كل أمة لی بكر أو ثيب أو اشتريتها من فلان أو لم اشترها منه أو تلد منى أو خبازة أو غير خبازة فهى حرة " ثم أنكر هذه الأوصاف : فالقول له ، **وفی اليتيمة :** سئل الوبرى عن مولى أقر أنه استأجر عبده شهرا بعمله أو سنة فهل هو إقرار بعتقه ؟ قال : لا ، قال : نص السرخسى فی كتاب الإقرار فی باب اليمين والإقرار فی الرق أنه لو استأجر عبداً ثم ادعى بعد الإجارة أنه عبده لم يصدق على ذلك ، وسئل أيضا عن رجل كلم جارية رجل فقال المولى " ماتريد من ابنتی" أتعتق جاريتة ؟ فقال : أرجوا أن لا تعتق ، وسئل أيضا عن رجل تزوج أمته بمهر عند الشهود أيدل ذلك على أنها حرة ؟ فقال : لا ، وكذلك لو قال " هی زوجتی " سئل يوسف بن محمد عمن قال " لا بيع لهذا العبد أو لهذه الأمة " ؟ قال : لايكون هذا إقرارا منه بالإعتاق أو التدبير وله أن يبيعهما إن شاء، وسئل بعضهم عمن له مملوك فقال عند الشهود " لايرفع له

ميـزان فـی حياتی" أمدبر أم حر أم مملوك أو قال "لايرفع له ميزان بعد مماتی " ؟ فقال : أما قوله " فی حياتی " فيجب أن لايكون إعتاق ، وأما قوله " بعد مماتی " ففيه نظر ويجب أن يكون كذلك .

٨٧١٣ :- م : وإذا قـال الـرجـل فـی وصيتـه " أعتقوا عبدی الذی هو قديم الـصـحبة " تـكـلموا فيه روی عن محمد أنه قال : من صحبه ثلاث سنين فهو قديم الـصـحبة ، واختـار الصدر الشهيد حسام الدين أن من تكون صحبته سنة فهو قديم الـصـحبة ، وبـه كـان يـفتی محمد بن المقاتل ، **وفـی الكبری :** الـمختار أن تكون صـحبته سنة ، **م :** مـريـض قـال لـورثتـه : ايـن بندگان مرا بنده نمانند ، فهذا وصية بالعتق معنی وينبغی أن يعتقوهم ، مريض قال لورثته " أعتقوا فلانا بعد موتی إن شاء اللّٰه تـعالیٰ" صح الإيصال وبطل الاستثناء ، ولو قال " هو حر بعد موتی إن شاء اللّٰه تـعالیٰ " بطل الإيجاب وهذا استحسان أخذ به محمد رحمه اللّٰه ، وإذا قال لمولاه " أعتـقـنی حتی أعطيك ما تريد " فأعتقه : وجب علی العبد قيمته ، رجل قال لغيره "جاريتی هذه لك علی أن تعتق عنی عبدك فلانا " ورضی بذلك ودفع الجارية إليه : لا تـكـون الجارية له حتی يعتق العبد ، كذا روی خلف بن أيوب عن محمد رحمه اللّٰه رجـل اشتـری مـن آخـر عبـدا شراء فاسدا ثم إن المشتری أمر البائع بالعتق قبل الـقبـض فـأعتـقه : جاز ، ولو أعتقه المشری بنفسه : لا يجوز ، رجل قال فی وصيته "أعتـقوا خير عبيدی ، أوقال : أفضل عبيدی ، أوقال : بيعوا أفضل عبيدی وتصدقوا بثـمـنه علی المساكين " : فهذا علی أفضلهم فی القيمة ، ولو قال " أوصيت لأفضل عبيـدی " فهـو لأفضلهم فی الدين ، **وفـی الظهيرية :** رجل أوصـی بـأن يتصدق عنه بألف درهم ثم قال : استفتوا العلماء العتق أفضل أم الصدقه ؟ فاعملوا بالأفضل ، فإنه يـنـظـر : إن كـان قراباته فی ضيق من عيشهم وشدة من حالهم لفقرهم وضيق ذات يدهم فالصدقة عليهم أفضل وإلا فالعتق أفضل .

٨٧١٤ :- م : وفـی مجموع النوازل : عـن مـحـمد رحمه اللّٰه فی رجل قال "مـمـا ليـكی الخبازون أحرار " وله خبازون وخبازات : عتقوا ، **وفـی مجموع النوازل :**

إذا قال لعبده فی صحته " أنت حر الساعة بعد موتی " يعتق بعد الموت، ولو قال لعبده فی صحته " أنت حر من ثلث مالی " عتق من جميع المال ، **وفيه أيضا :** إذا قال لغيره " أعتق مدبرك هذا عنی علی أن لك ألف درهم ، أو: علی أنی ضامن لك ألف درهم " فأعتقه : لا شیء عليه ، فقال خلف بن أيوب : سألت محمدا عن رجل قال لعبديه " أحدكما حر بعد موتی " وله وصية مائتی درهم ثم مات ؟ قال : يعتقان جميعا والمائة بينهما نصفان ، قلت : فإن قال " ولكل واحد منهما مائة درهم " : قال : تبطل مائة واحدة .

٨٧١٥ :- العبد المأذون إذا اشتری جارية وأخبر المولی بذلك فقال المولی " اصنع ما شئت " فأعتقها العبد : لا تعتق ، قال فی أيمان الجامع إذا قال لامرأة حرة " إذا ملكتك فأنت حرة ، أو قال : إذا اشتريتك فأنت حرة " ثم أنها ارتدت ولحقت بدار الحرب ـ والعياذ بالله ـ وسبيت فملكها الحالف: عتقت عندهما ، وعلی قياس قول أبی حنيفة رحمه الله لاتعتق ، ولو قال لها " إذا إرتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكتك فأنت حرة " وكان كذلك : عتقت عند أبی حنيفة رحمه الله .

٨٧١٦ :- إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه ثم أعتق أحدهما بعينه : إن لم تكن له نية أو نوی عتقا مستقبلا فإن الآخر يتعين للعتق بالكلام الأول ، وإن نوی بالكلام الثانی بيان ما ثبت بالإيجاب الأول وحلف علی ذلك لا يعتق الآخر وصدق فيما ادعی ، ذكره شيخ الإسلام فی آخر باب المدبر إذا قال لعبده " يوم أملكك فأنت حر بعد موتی " وهو نوی النهار دون الليل ثم ملكه ليلا : لم يصر مدبرا فی القضاء ، وفيما بينه وبين ربه [يدبر]، فإن لم تكن له نية فملكه ليلا : صار مدبرا ، والجواب فی التدبير نظير الجواب فی العتق ، **وفی الخزانة :** رجل أوصی لرجل بعبد وهو يخرج عن ثلث ماله فمات الموصی والموصی له غائب فأعتقه الوارث : لا ينفذ ، فإن قبل الموصی له الوصية : بطل عتقه ، وإن ردها : نفذ ، رجل أوصی لرجل بعبده وعلی الميت دين يحيط برقبته فأعتقه الموصی له:

لم يعتق ، فإن بيع بالدين : بطل عتقه ، وإن أبرأه الغريم عن الدين : عتق .

٨٧١٧ :– وفی الخانية : رجل أوصی بوصايا وكتب فی وصيته أن عبده فلان حر بعد موته " ولم يسمع ذلك منه أحد ثم مات وجحدت ورثته تدبيره : يستحلف الورثة علی علمهم ، إن أقر الوارث بما كان فی كتاب الوصية : عتق العبد إذا كان يخرج من ثلث ماله، وتلزمه السعاية فيما زاد علی الثلث إذا كان ، وكذا لو كان الميت دين يحيط بماله يعتق ويسعی فی جميع قيمته ، **وفی الولوالجية :** وعن أبی يوسف رحمه اللّٰه فيمن أوصی لعبده بسهم من ماله يعتق بعد موته ، ولو أوصی بجزء لم يعتق ، **وفی الظهيرية :** وعن أبی يوسف رحمه اللّٰه: لو قال لعبده "أوصيت لك بجزء من مالی " لم يعتق بموته ولا يكون مدبرا، ولو قال "أوصيت لك بسهم من مالی ، أو قال : بنفسك ، أو قال : أو صيت لك بثلث مالی " فهو مدبر ، وإذا قال لجارية مملوكة للغير " إن ملكتك فأنت مدبرة" فاستولدها بنكاح ثم اشتراها : فهی أم ولد له ، ولو قال " إن ملكت نصفك فأنت مدبرة " فملكها مع الآخر فلا ضمان عليه ، ولو قال لأمة " إن ملكت منك شيئا فأنت حرة " فاشتراها هو وزوج لها ولدت منه فهی أم ولد له ويضمن ولا يعتق شیء منها ، **وفی اليتيمة :** سئل علی بن أحمد عمن دبر عبده تدبيرا مطلقا ثم أخذ يتواری من المولی مرارا بحيث لا يستقر عنده هل له أن يرفع الأمر إلی القاضی فيبطل تدبيره ثم يبيعه فيشتری مكانه آخر ؟ فقال : هذا تدبير من المدبر فلا يصح إبطال التدبير الأول ، **وفی الكافی:** ولو ادعی المشتری علی بائعه أنه دبر هذا العبد قبل أن يبيعه منی ، وأنكر البائع ثم جنی العبد فهو موقوف ، وعندهما يقضی بموجبها فی كسبه .

٨٧١٨ :– م : وإذا قال لعبده " يوم اشتريتك بعد هذا الملك فأنت حر بعد موتی " ثم ملكه بسبب آخر بعد هذا : صار مدبرا ، وإذا قال لأمتين لغيره "إذا ملكتكما فأنتما حرتان بعد موتی " فملك إحداهما دون الأخری : لا تصير مدبرة ما لم يملكهما جميعا ، وسئل الفقيه أبو بكر عن أمة قالت لمولاها "أعتقنی" فقال لها بالفارسية : أی دون كنيزك آزاد كردم ؟ قال : لا تعتق ، قال : وكذلك لو باع

مـن امـرأتـه تـطليقة واحدة فقالت : خريده گير ؟ لا تكون منها إجابة ، وكذلك لو بـاع عبـدا ، وسئل أبو القاسم عمن قال " لله على أن أعتق عبدا " فأعتق عبدا آبقا ؟ قـال : لا يجوز كما لايجوز فى الأعمى ، قال الفقيه : فى قياس قول علمائنا يجوز ، فقد ذكروا فى كتاب جعل الآبق : إذا أعتق عبدا آبقا عن كفارته يجوز إن كان حيا وقـت الإعتاق ، وسئل إبراهيم بن يوسف عن عبد أخذ مولاه فى موضع خال وقال " إن أعتقتنى وإلا قتلتك " فأعتقه مخافة القتل ؟ قال : يعتق ويسعى فى قيمته .

٨٧١٩ :- وإذا قـال الـرجـل لـغيره " أعتق عبدك هذا عنى بألف درهم " فـأعتـقـه : لايـجـب عـلى الآمر شىء ، وإذا لم يقع العتق عن الآمر لا يلزمه المال استـحسانا ، ولو قال " كاتب عبدك عنى بألف درهم " فكاتبه لا تقع الكتابة عن الآمـر ، ولـو قال " أعتق عبدك عنى بألف درهم " فأعتق : يلزمه المال ويقع عنه ، ولـو قـال " أعتق عبدك عن نفسك بألف علىّ " فأعتق : لايلزمه المال ، والطلاق فى هذا يخالف الإعتاق فإن من قال لغيره " طلق امرأتك بألف علىّ " فإنه يصح ، وكـذلك إذا قـال " أعتـق عبـدك عـلـى ألف درهم أضمنها لك " ففعل : لم يكن الـعتـق عـن الآمـر ، إذا قـال الـرجـل لـغيره " أعتق عبدك عن ولدى الصغير بألف درهـم " فـأعتـقـه الـمأمور فإن العتق يقع عن المأمور ويكون الولاء له ، ولو كان لـلصبى عبد فقال رجل لأبيه " أعتق عبد ابنك هذا عنى على ألف درهم " فأعتقه الأب : يقع العتق عن الآمر وعليه ألف درهم للصبى ويقبضه الأب منه .

تم المجلد الخامس بفضل الله ويليه المجلد السادس أوله كتاب الأيمان.

٨٧١٩ :- أخـرج عبـد الـرزاق عن الثورى فى رجل قال لرجل : أعتق عبدك ولك علىّ ألف درهـم ، قـال : نرى عتقه جائزا ، وليس على الذى أمره شىء ، ولا يكون الولاء للذى أعتق ، ويـكـون الـغـرم عـلـى الـذى أمره العبد الذى أعتق ، ويرد إليه ماله ، مصنف عبد الرزاق ، كتاب المدبر ، باب العتق بالشرط ، ٩/١٧١ ، برقم ١٦٧٩٥ .

المجلد الخامس ٧٠٧١- ٨٧١٩ الصفحة

بقية من ١٢/ كتاب الطلاق ٧٠٧١ - ٨٢٠٠ ______ ٥

١٣/ كتاب النفقات ٨٢٠١ - ٨٤٣٨ .... ٣٥٨

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصولٍ

١٤/ كتاب العتاق ٨٤٣٩ - ٨٧١٩ .... ٤٥٢

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة عشر فصلاً:

بسم اللّٰه الرّحمٰن الرّحيم

فهرس المجلد الخامس من الفتاوىٰ التاتار خانية

رقم المسألة   الصفحة

بسم اللّٰه الرّحمٰن الرّحيم

فهرس المجلد الخامس من الفتاوىٰ التاتار خانية

١٣-كتاب النفقات ٣٥٨

تم المجلد الخامس بفضل اللّٰه تعالى

ويليه المجلد السادس أوّله "كتاب الأيمان"

❑ ❑ ❑